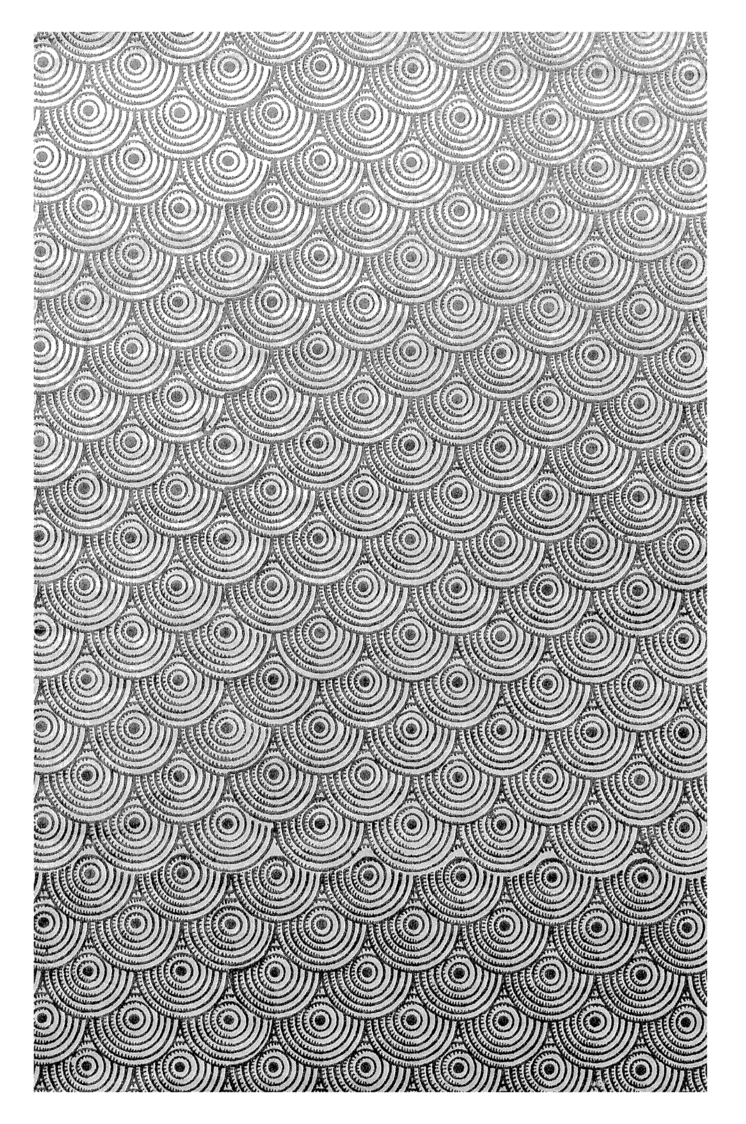
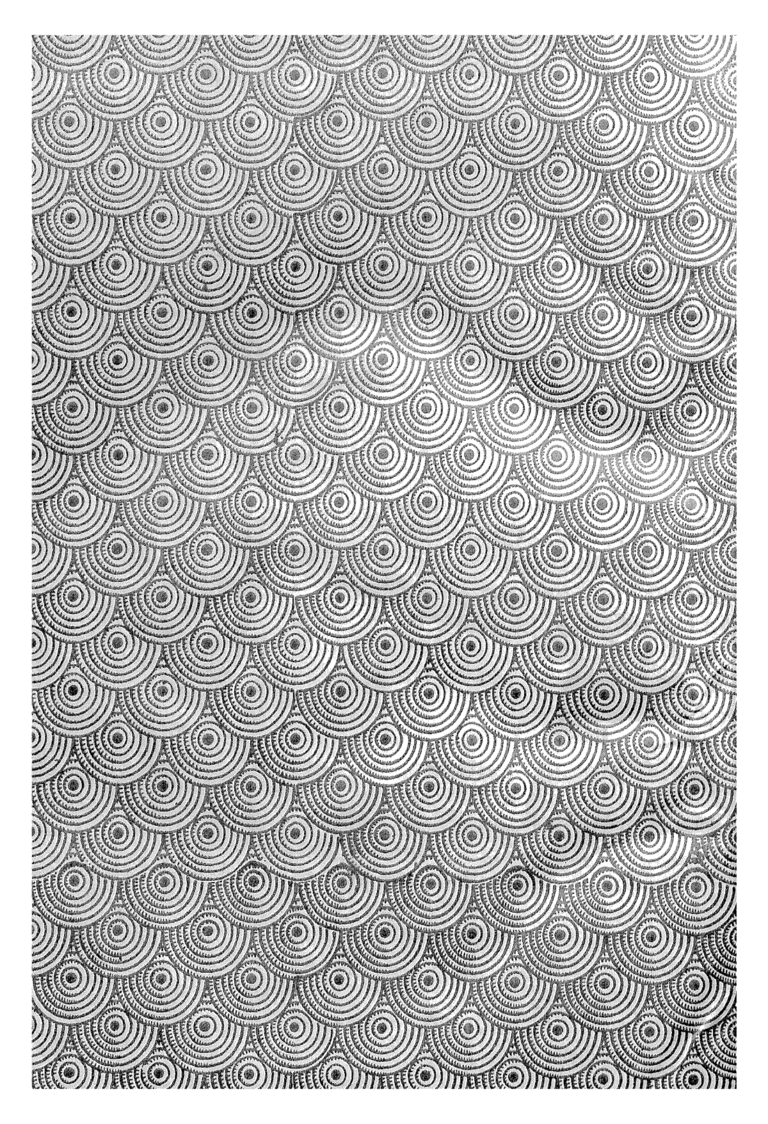

Bibliotheca Alexandrina
0203378





الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي
الأستاذ بكلية الحقوق جامعة القاهرة
والمحامي أمام محكمة النقض ومجلس الدولة

بسم الله الرحمن الرحيم

يد الله فوق يدي

دروس

أحكام الالتزام

مطبعة نهضة مصر
الفجالة ـ القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدّمة

١ — تنقسم الحقوق المالية بصفة أساسية إلى حقوق شخصية وأخرى عينية[1] . وهذا هو التقسيم الجوهرى الذى يقوم عليه قانوننا المدنى ، والذى اتخذته مجموعته منهاجاً لها فى بيان أحكامه [2] .

والحق العينى سلطة يقررها القانون لشخص معين على شىء محدد بذاته يكون له بمقتضاها أن يفيد منه مباشرة ، فى حدود معينة يرسمها القانون . والميزة الأساسية التى يتسم بها هذا الحق هى أن صاحبه يفيد من الشىء الذى يرد عليه بطريقة مباشرة ، أى بدون وساطة أحد . فلا يطلب من غير صاحبه أكثر من الامتثال للواجب العام المفروض على الكافة بالامتناع عن التعرض له فى إفادته من شيئه [3] . وهكذا لا يظهر فى الحق العينى إلا صاحبه والشىء أو العين التى يرد عليها . ومن هنا جاء نعته بالحق العينى .

أما الحق الشخصى ، فهو سلطة يقررها القانون لشخص معين يسمى الدائن قبل شخص آخر يسمى المدين ، وبمقتضاها يلتزم الثانى بأن يؤدى لصالح الأول عملاً معيناً أو أن يمتنع عن أداء عمل معين . فالحق الشخصى ، بخلاف الحق العينى ، لا يرد على شىء مادى ، إذ أن موضوعه هو عمل إيجابى

---

(١) وإلى جانب هذين النوعين من الحقوق المالية ، يوجد نوع ثالث منها لايتناسب معهما البتة فى الأهمية ، وهو ذاك الذى ينتظم الحقوق التى ترد على مايجىء ثمرة الخاطر والقريحة ، والتى يطلق عليها الحقوق المعنوية أو الذهنية ، كحق المؤلف على مؤلفه وحق الملحن على لحنه والمخترع على اختراعه .

(٢) فبعد أن تضمنت المجموعة المدنية ، فى باب تمهيدى ، القواعد القانونية العامة التى من شأنها أن تسرى بالنسبة إلى كل فروع القانون ، انشطرت قسمين : يحوى أولهما الحقوق الشخصية أو الالتزامات ، وينتظم ثانيهما الحقوق العينية .

(٣) أنظر مؤلفنا « نظرية الحق » نبذة ١٥ .

أو سلبي يقوم به شخص معين ، هو المدين به . من هنا جاءت تسميته بالحق الشخصي . وهي تسمية ثابتة له من قديم ، وللرومان فضل الإيحاء بها [١] .

وإذا كان موضوع الحق الشخصي هو عمل إيجابي أو سلبي يقوم به المدين، برزت لنا أهمية الدور الذي يؤديه هذا الأخير . ففي حين أن مهمة الدائن تكاد تقتصر على المطالبة بحقه واقتضائه ، نجد العبء على المدين باهظاً ثقيلا . فهو الذي يؤدي العمل المطلوب . وهو الذي يتحمل المسئولية ، إن لم يؤده . ومن هنا جرت العادة من قديم على أن ينظر إلى الحق الشخصي من زاوية المدين ، أكثر من النظر إليه من زاوية الدائن . وهذا ما جعلنا نرى في هذا الحق واجباً أو التزاماً يثقل كاهل الأول أكثر من تضمنه ميزة للثاني . من أجل ذلك درج استعمال اصطلاحي « الحق الشخصي » و « الالتزام » كمرادفين [٢] ، بل غلب استعمال الاصطلاح الأخير [٣] .

٢ — ولا يتناول هذا المؤلف دراسة الحقوق العينية ، فموضوعه مقصور على الحقوق الشخصية أو الالتزامات . بل إنه لا يتناول كل ما يتعلق بالالتزامات من أمور . فهو يجتزىء منها بأحكامها دون مصادرها .

ويقصد بأحكام الالتزام ، التي نتناول دراستها في هذا المؤلف ، القواعد التي يخضع لها الالتزام بعد أن يتم ميلاده . فلكي ينشأ الالتزام ، لا بد أن يوجد ثمة سبب يخلقه ، أو مصدر ينبع منه . ولا شأن لنا هنا بأسباب نشأة الالتزام

---

(١) لم يخلع الرومان صراحة على الحق الذي نحن بصدده اسم «الحق الشخصي» . ولكنهم أطلقوا على الدعوى التي كان يلجأ إليها صاحبه لاقتضائه اسم « الدعوى الشخصية Actio in Personam ». وعلى مر الأيام ، استمد الحق اسمه من اسم الدعوى التي تحميه ، فأطلق عليه « الحق الشخصي » . وقد ساعد على رسوخ هذا الاصطلاح في لغة القانون قيام التقابل على أحسن ما يكون بينه وبين اصطلاح « الحق العيني » الذي أريد به التعبير عن حق الشخص في الشيء أو العين . أنظر في هذا المعنى Planiol et Ripert, Traité élémentaire ، ج ١ ، بند ٢٥٩٧ .

(٢) وهذا ما دعا مشرعنا إلى أن يطلق على القسم الأول من المجموعة المدنية اسم « الالتزامات أو الحقوق الشخصية » .

(٣) أنظر في هذا مؤلفنا ، نظرية الحق ، نبذة ٢٧ .

أو مصادره . وإنما تقتصر دراستنا على تناول الالتزام بعد تمام ميلاده ، فنتتبعه فى حياته ، لنحدد ما يلقاه فيها .

٣ — وإذا أردنا أن نتعقب الالتزام فى حياته ، لنرى ما عساه أن يلقاه فيها ؛ وبعبارة أخرى ، إذا أردنا أن نتبين « أحكام الالتزام » ، وجدناه ينتج آثاراً معينة يلزمنا البدء بتحديدها . وآثار الالتزام ليست دائماً واحدة ؛ فقد يعتريها بعض التعديل والتغيير نتيجة أوصاف معينة تلحقه ؛ وهذا ما يجعلنا نثنى بدراسة تلك الأوصاف . والالتزام ليس ثابتاً دواماً بين طرفيه ؛ فقد ينتقل من الدائن إلى غيره ، أو حتى من المدين إلى غيره ؛ وهذا ما يؤدى بنا إلى دراسة انتقال الالتزام ، بعد الفراغ من تحديد آثاره وأوصافه . ثم تجىء نهاية الالتزام ؛ فهو ليس مؤبداً ؛ فلا بد أن يموت يوماً ؛ وهذا ما يحتم علينا دراسته فى موته أو فى إنقضائه . يبقى هناك موضوع أخير نختتم به دراستنا ، وهو ذاك المتعلق باثبات الالتزام ؛ على اعتبار أن هذا الموضوع ، وإن تعلق أصلا بالالتزام فى نشأته ، إلا أنه يتناوله أيضاً فى حياته وفى انقضائه ، فلا يتنافى مع المنطق أن نعرض له بعد أن نكون قد انتهينا من بيان كل ما تعلق بالالتزم ، نشأة وحياة وانقضاء .

هكذا يرتسم أمامنا منهاج البحث . وهو يقوم على أبواب خمسة : يتناول أولها آثار الالتزام ؛ ويعالج ثانيهما أوصافه ؛ ويختص الثالث بانتقاله ؛ ويتضمن الرابع انقضاءه ؛ وينتظم الباب الخامس والأخير إثباته . وهذا هو نفس المنهاج الذى اتبعته المجموعة المدنية فى بيانها أحكام الالتزام .

الباب الأول

آثار الالتزام

٤ – القاعدة أن الالتزام ، إذا ما نشأ ، أنتج أثره . ويتركز أثر الالتزام فى تنفيذه [1] . ويتم تنفيذه بأداء موضوعه ، أى بالقيام بالعمل أو الامتناع عن العمل الذى يفرضه الالتزام على المدين .

وأداء المدين ما يفرضه عليه الالتزام ، أى تنفيذه ، واجب يقرره عليه القانون . ومن ناحية أخرى ، فالمدين مسئول ، كقاعدة عامة ، عن هذا الأداء ، بمعنى أنه يجبر عليه ، إن لم يقم به طوعاً واختياراً . وهكذا فالأصل أن الالتزام يحوى العنصرين الآتيين :

١ – تحمل المدين بالالتزام . فالالتزام يثقل بالضرورة كاهل المدين ، ويوجب عليه بالتالى أداءه . وهذا هو عنصر الوجوب ، أو عنصر المديونية Schuld .

٢ – مسئولية المدين عن الالتزام . فالمدين لا يرى الالتزام يثقل كاهله ويوجب عليه الوفاء به فحسب ، بل يرى نفسه أيضاً مسئولا عنه ، بمعنى أنه يجبر على الوفاء به بمعونة السلطة العامة ، إن لم يؤده برغبته ورضاه . وهذا هو عنصر المسئولية فى الالتزام Haftung .

هذان هما العنصران الأساسيان اللذان ينتظمهما الالتزام [2] . ولكن

---

(١) ويجب عدم الخلط بين أثر الالتزام من ناحية، وأثر العقد وغيره من مصادر الالتزام من ناحية أخرى . فالعقد ، مثلا ، يتركز أثره فى أنه ينشأ الالتزام ، أى يحمل به المدين . أما الالتزام فهو يبدأ فى إنتاج أثره ، بعد أن يكون العقد قد أنشأه . ويتركز أثره فى تنفيذه ، أى فى أداء المدين ما يفرضه عليه .

(٢) ويرجع الفضل فى تحليل الالتزام إلى هذين العنصرين للفقهاء الألمان .

ليس معنى هذا أن جميع الالتزامات تحويهما . فبعضها لا يحوى إلا أولها ، أى عنصر المديونية ، دون ثانيهما ، وهو عنصر المسئولية . إلا أن هذا البعض بالغ الندرة ، ويأخذ مكان الاستثناء البالغ من القاعدة العامة . فالأصل أن الالتزام يحوى العنصرين معاً . بل إنه لا يكون كاملا إلا إذا انتظمهما كليهما . فالالتزام الذى يحوى عنصر المديونية وحده ، فضلا عن كونه نادر الوقوع فى العمل ، وفضلا عن أنه يرد على سبيل الاستثناء الصارخ ، هو التزام ناقص . وهو يسمى بالالتزام الطبيعى . فى حين أن الالتزام الكامل ، أى ذاك الذى يحوى العنصرين السابقين كليهما ، يطلق عليه الالتزام المدنى .

يبين مما سبق أن الالتزامات تنقسم ، بحسب ذات تكوينها ، إلى التزامات تحوى عنصرى المديونية والمسئوليـــة ، وهى التزامات كاملة ، وتسمى بالالتزامات المدنية ، وأخرى لا تحوى إلا العنصر الأول وحده ، وهى لذلك التزامات ناقصة ، وتسمى الالتزامات الطبيعية . والالتزامات الأولى هى الأصيلة ، وعددها فى العمل غالب ساحق ، وإن ورد لفظ « الالتزام » مجرداً ، عناها ، أما الثانية ، فهى نادرة الوقوع وهى تحتل مكان الاستثناء البالغ من الأصل العام .

ومن البداهة أن تكوين الالتزام ينضح على نتاجه . وهذا ما أدى إلى أن الآثار التى يحويها كل نوع من نوعى الالتزامات يختلف اختلافا أساسياً عن تلك التى ينتجها النوع الآخر . من هنا تحتم علينا أن نعالج آثار كل نوع على حدة . وكان طبيعياً أن نبدأ بآثار الالتزام المدنى ، لأنه هو الأصل . ولكننا نؤثر مع ذلك أن نتبع النهج الذى سارت عليه المجموعة المدنية ، وهو البدء ببيان أحكام الالتزام الطبيعى ، حتى نتفرغ ، بعد انتهائنا منه ، للالتزامات المدنية ، فنوليها كل العناية . وهكذا نعالج آثار الالتزام فى فصلين : يتناول أولها الالتزام الطبيعى ؛ ويختص ثانيهما بالالتزام المدنى .

الفصل الأول

الالتزام الطبيعي

٥ — الالتزام الطبيعي التزام ناقص، كما بينا. فهو لا يحوى من عنصرى الالتزام الكامل إلا الوجوب أو المديونية، دون المسئولية. فان أثقل كاهل المدين، وأوجب عليه بالتالى تنفيذه، إلا أنه لا يتضمن بين طياته ما يستطيع به صاحبه إرغام المدين على هذا التنفيذ. فللمدين كامل الحرية فى أن يفى بهذا الالتزام أو لا يفى به. إذ الأمر متروك لضميره. وهكذا كانت سمة الالتزام الطبيعي الأساسية ألا جبر فى تنفيذه (المادة ١٩٩/٢).

وترك تنفيذ الالتزام الطبيعي لمحض رغبة المدين يبرر مدى ما يتضمنه هذا الالتزام من شذوذ. فالأصل فى الالتزام، شأنه فى هذا شأن غيره من كافة أنظمة القانون، أنه يتضمن جزاء على مخالفته، يستطيع به صاحبه أن يجبر المدين على أدائه، إن لم يقم به طوعا واختياراً. ولكننا نرى الالتزام الطبيعي وقد تجرد عن هذا الجزاء. وهو بهذا يصل بنا إلى نتيجة تتجافى مع منطق القانون، بل هو يصل بنا إلى نتيجة تتجافى حتى مع مدلول لفظ «الالتزام»؛ إذا هذا اللفظ يتضمن بذاته فكرة الإلزام، ولكننا هنا نرى أنفسنا أمام التزام غير ملزم[1].

بيد أن الالتزام الطبيعي، وإن تجرد بذاته عن الجزاء الذى يستطيع به صاحبه أن يجبر المدين على تنفيذه، إلا أنه يقترن بالجزاء القانونى، إذا أداه هذا المدين فعلا أو تعهد بأن يؤديه مستقبلا[2]. ومظهر اقترانه بالجزاء

---

(١) أنظر فى هذا المعنى : Colin et Capitant، ج ٢ نبذة ٤٥٩

(٢) بشرط أن يكون هـذا وذاك عن بينة واختيار من المدين ، على وفق ما سيجىء تفصيلا فيما بعد .

القانونى ، فى حالة قيام المدين بأدائه، أن هذا الأداء يعتبر وفاء لالتزام كان يثقل كاهله ، فهو بالتالى لا يعتبر تبرعاً منه ولا دفعاً لشيء غير مستحق عليه . ومظهر اقترانه بالجزاء القانونى ، عند تعهد المدين بأدائه ، إمكان جبره عليه . وهكذا فالالتزام الطبيعى ، وإن كان بذاته وبمجرده خلواً من الجزاء القانونى ، إلا أنه يستحوز عليه ، ويستوى بذلك مع الالتزام الكامل هو الالتزام المدنى ، إذا قام المدين بأدائه أو تعهد بأن يؤديه . وهذا هو سر اهتمام القانون به . فهو ، وإن بقى كامنا فى ضمير المدين قبل أن يؤديه ، إلا أنه ينفذ إلى دائرة القانون عند أدائه إياه أو إعطائه العهد بهذا الأداء .

وهكذا يحتل الالتزام الطبيعى مكاناً وسطاً بين الواجب الأدبى المحض والالتزام القانونى الكامل ، أى المدنى . فالقانون لا يهتم بالواجب الأدبى المجرد ، كالإحسان إلى الفقراء ، مثلا . إذ هو متروك لقواعد الأخلاق وأوامر الدين . حتى إذا ما أداه الشخص ، ما أعتبره القانون موفياً واجباً يثقل كاهله ، بل متبرعاً بما قدم . ومن ناحية أخرى ، يعترف القانون للالتزام المدنى بقوة كاملة . فهو لا يقتصر على إيجاب الوفاء به على المدين ، بل يقرر أيضاً مسئولية هذا المدين عنه ، بحيث إنه إذا لم يؤده طوعا واختياراً ، خول للدائن سبيل جبره على ذلك بمعونة السلطة العامة . وبين هذين الأمرين ، الواجب الأدبى المحض والالتزام القانونى الكامل ، يتوسط الالتزام الطبيعى . فهو التزام ارتقى وسما عن الواجب الأدبى ، حتى وصل إلى دائرة القانون . ولكنه لم يتعمق خلال هذه الدائرة ، بل بقى على سطحها ، فنفخ القانون فيه بالقليل من روحه ، مكتفياً بتقرير وجوبه على المدين ، دون تخويل الدائن سلطة إجباره على وفائه .

ونعالج نظرية الالتزام الطبيعى فى مبحثين : نبين فى أولها حالات وجوده ؛ ونحدد فى ثانيهما آثاره .

المبحث الأول

حالات الالتزام الطبيعي

٦ — لم يبين قانوننا المصرى ، شأنه فى هذا شأن القانون الفرنسى ، حالات الالتزام الطبيعى ، على سبيل التعيين والحصر . فقد جاءت المادة ٢٠٠ منه تقضى بأنه : « يقدر القاضى ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعى . وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام للعام »

وهكذا يكل المشرع ، فى غير الحالات التى ينص هو فيها على وجود الالتزام الطبيعى ، أمر هذا الوجود للقاضى ، دون أن يقيده فى ذلك بأكثر من عدم التعارض مع النظام العام . وقد سلك هذا الطريق لسببين . يرجع أولهما لصعوبة الإحاطة بكل الواجبات الأدبية التى ترتقى إلى منزلة الالتزام الطبيعى . ويرجع ثانيهما إلى الرغبة فى تقرير معيار مرن ، يستطيع القاضى جعله متمشيا مع آداب الجيل ، على مر الزمن .

بيد أن المشرع ، وإن ترك ، بصفة عامة ، وجود الالتزام الطبيعى لتقدير القاضى ، إلا أنه لا يعنى بذلك بطبيعة الحال أن يجعل هذا الأمر خاضعا لمجرد تحكمه ومشيئته . فلا بد أن هناك اعتبارات تقتضيها المبادىء العامة للقانون ويتحتم على القاضى أن يراعيها . فالقاضى ليس مشرعا ، فهو لا يخلق القانون ، وإنما يقتصر دوره على تطبيقه . وإن ترك له المشرع حرية التقدير ، فلابد من أن يقوم تقديره هذا على اعتبارات موضوعية تتمشى مع المبادىء القانونية العامة ، ومع الحكمة من تقرير النظام الذى وكل إليه أمر التقدير فيه . ولكى نتفهم تلك الاعتبارات ، يلزمنا أن نتتبع الالتزام الطبيعى فى نشأته ، وفى المراحل التى مر بها حتى وصل إلينا .

٧ — نشأة فكرة الالتزام الطبيعي وتطورها

ترجع نشأة الالتزام الطبيعي إلى القانون الروماني . فالرومان هم أول من قالوا به ، وهم الذين أضفوا عليه اسمه . وقد نشأ هذا النظام عندهم بادىء ذى بدء بمناسبة تعهدات الرقيق ، التى كان القانون الروماني يحول بينها وبين أن تنتج أثراً قانونياً . ثم توسع الرومان بعض الشيء فى الفكرة الجديدة ، فجعلوها شاملة للحالات الأخرى التى كان الالتزام فيها لا ينشأ مكتملا ، إما بسبب عدم مراعاة الشكل الواجب الاتباع ، وإما بسبب النقص فى أهلية المدين . فقد رأى الرومان ، فى كل هذه الحالات ، أنه إذا قامت العقبات التى تقتضيها الأوضاع القانونية ، سواء أكانت ناشئة من النقص فى الأهلية أو من عدم مراعاة الشكل المرسوم ، حائلا دون أن يكتمل الالتزام ، وبالتالى دون أن ينتج الأثر القانونى الذى يترتب عليه عادة ، فلا أقل من أن يعترف له القانون ببعض الأثر . وواضح أن الأمر الذى حدا بالرومان إلى أن ينهجوا هذا النهج هو الرغبة فى التخفيف من حدة الأوضاع والأشكال القاسية التى كان يتضمنها قانونهم .

هكذا نشأت فكرة الالتزام الطبيعي لدى الرومان ، بمناسبة الالتزام المدنى الذى لم يكتمل تكوينه قانوناً . وظلت مقصورة عندهم على هذا النحو ، فلم تتعداه إلى الواجبات الأدبية الأخرى التى لم يلجأ الأشخاص أصلا إلى التعهد بها قانوناً . وكان من نتيجة ذلك أن ضاقت الالتزامات الطبيعية فى عددها عند الرومان . إذ ظلت الرابطة وثيقة بين نشوء هذه الالتزامات ونشوء الالتزامات المدنية الكاملة ، على خلاف ما نراه الآن فى القانون المعاصر .

بيد أن الالتزامات الطبيعية ، وإن ضاق عددها فى القانون الرومانى ، بسبب اقتصارها على فكرة الالتزام المدنى غير المكتمل ، إلا أن آثارها فيه كانت أوسع بكثير مما نراه اليوم فى قانوننا . فقد كان الرومان مخلصين لفكرتهم التى تقوم على إحكام الصلة بين الالتزام المدنى والالتزام الطبيعي .

فلم يقنعوا بقصر حالات الالتزام الطبيعي على بعض حالات الالتزام المدنى غير المكتمل فى تكوينه ، بل قرروا للأول ، عند وجوده ، الكثير من الآثار التى تترتب على الثانى . وأهم الآثار التى رتبها الرومان على الالتزام الطبيعي أن دفع المدين الدين للدائن كان يعتبر وفاء بهذا الالتزام ، حتى لو قام به المدين عن غلط ، أى معتقداً أنه يوفى التزاماً مدنياً . وفى هذا يختلف القانون الرومانى اختلافاً أساسياً عن قانوننا المصرى ، الذى لا يعتبر الدفع وفاء لالتزام طبيعي ، إلا إذا قام به المدين وهو عالم وقاصد أن يوفى التزاماً طبيعياً[1] . بل ذهب الرومان ، فى توسعهم فى آثار الالتزام الطبيعي ، إلى أن أجازوا للدائن به ، فى بعض الحالات على الأقل ، أن يتمسك بالمقاصة بينه وبين التزام مدنى عليه ، كما ذهبوا أيضاً إلى إمكان ضمانه بالكفالة وبالرهن. وذلك فى حين أن قانوننا المصرى لا يقر لا هذا الأثر ولا ذاك ، كما سيجىء[2] .

وانتقلت فكرة الالتزم الطبيعي من الرومان إلى القانون الفرنسى القديم. إلا أن فقهاء القانون الفرنسى القديم قد اختلفوا بشأنها .

فبعضهم ، لا سيما Domat ، كانوا أمناء على التراث الذى خلفه الرومان . فقصروا حالات الالتزام الطبيعي على فكرة الالتزام المدنى غير المكتمل . ولما كان القانون الفرنسى القديم لم يعرف من أسباب عدم اكتمال الالتزام التى كان يقول بها الرومان إلا النقص فى الأهلية ، فقد قصر هؤلاء الفقهاء الالتزام الطبيعي على حالة بطلان الالتزام المدنى نتيجة هذا الأمر .

أما البعض الآخر من فقهاء القانون الفرنسى القديم ، وعلى رأسهم Pothier ، فقد توسعوا كثيراً فى حالات الالتزام الطبيعي عما كان يقول به الرومان . وقد تأثروا فى ذلك بالقانون الكنسى الذى أخذ ينادى بضرورة احترام العهود والمواثيق وأداء ما يمليه الشرف والضمير من واجبات

(١) أنظر ما سيجىء ، نبذة ١١ .
(٢) راجع نبذة ١٧ .

وفى هذا الصدد، يقول Pothier إنه يوجد التزام طبيعى ، ليس فقط فى الحالات التى تحول فيها الأوضاع القانونية دون اكتمال تكوين الالتزام، بل أيضاً فى الحالات التى يكتمل فيها هذا الالتزام، ثم يعترضه دفع قانونى يؤدى إلى حرمان الدائن من الدعوى التى كان يستطيع بها جبر المدين على وفائه، كالدفع بالتقادم والدفع بقوة الشىء المقضى واليمين الحاسمة . بل إن هذا الفقيه يرى أن الالتزام الطبيعى إذا ما نشأ، إنما ينشأ قبل كل شىء نتيجة وجود واجب فى ضمير المدين يحتم عليه أداءه . على أن Pothier ، وإن توسع فى حالات الالتزام الطبيعى عما كان يقول به الرومان، إلا أنه ضيق كثيراً من أثره . فهو يقصر هذا الأثر على اعتبار دفع المدين الدين عن بينة واختيار وفاء للالتزام الطبيعى، مستبعدا بهذا حالة الوفاء الذى يقوم به المدين عن غلط، أى حالة كونه معتقداً أنه يوفى التزاماً مدنيا، على خلاف ما نهج عليه الرومان .

وتلقفت مجموعة نابليون فكرة الالتزام الطبيعى من القانون الفرنسى القديم، متأثرة فى ذلك على الخصوص بما قاله Pothier . إلا أنها لم تعالجها فى نطاق نظرية عامة، مكتفية بأن تشير إليه إشارة عابرة، وهى فى معرض الكلام فى الوفاء كسبب لانقضاء الالتزام، وذلك فى المادة ١٢٣٥ منها التى جاءت تقول : «كل وفاء يفترض وجود دين . وما دفع من غير أنه يكون مستحقاً كان محلا للاسترداد — ولا يجوز الاسترداد بالنسبة للالتزامات الطبيعية التى دفعت عن اختيار» .

وأمام هذه القصور فى التشريع ، اختلف الفقهاء وأحكام القضاء فى فرنسا، بالنسبة إلى بيان الحالات التى يوجد فيها التزام طبيعى . ويمكن رد آرائهم فى هذا الصدد إلى نظريتين، هما الآتيتان :

١ — النظرية التقليدية : قامت هذه النظرية عقب صدور مجموعة نابليون، وانحاز إليها كثرة من الفقهاء، لاسيما الأقدمين منهم . وهى أمينة إلى حد كبير على التراث الرومانى . فهى تحكم الصلة بين الالتزام الطبيعى والالتزام المدنى فيما يتعلق بنشوئه وتباعد بذلك بينه وبين الواجبات الأدبية المجردة . ولذلك

فهى تقصر حالات الالتزامات الطبيعية على تلك التى يوجد فيهما أصل لالتزام مدنى ، والتى لم يقم فيهما هذا الالتزام كاملا صحيحا بسبب فساد اعتراه ، وسواء فى هذا أشاب الفساد الالتزام المدنى فى تكوينه ، فحال بذلك دون قيامه مكتملا ، أم تسرب إليه بعد قيامه مكتملا ، فجعله يفقد صفته القانونية الكاملة ، ويتحلل إلى التزام طبيعى . هكذا تقصر نظريتنا حالات الالتزام الطبيعى على حالات الالتزام المدنى غير المكتمل obligation avortée وحالات الالتزام المدنى المتحلل Obligation dégénérée — فالالتزام الطبيعى فى منطقها لا يعدو أن يكون أثرا تخلف عن التزام مدنى شابه الفساد ، وسواء أشابه الفساد عند تكوينه ، فحال بذلك دون قيامه مكتملا ، أم شابه بعد تكوينه ، فجعله يتحلل . ومثال الالتزام الطبيعى الذى يتخلف عن الالتزام المدنى غير المكتمل ذاك الذى يتولد فى ذمة ناقص الأهلية بعد تقرير بطلان التزامه المدنى ، وذاك الناشىء عن المقامرة والرهان . أما الالتزام الطبيعى الناشىء عن تحلل التزام مدنى ، فمثاله ذاك الذى يتخلف عن سقوط الالتزام المدنى بالتقادم ، وذاك الذى يتخلف عن التزام مدنى كان موجوداً حقيقة فى ذمة المدين ، ولكن الدائن فقد سلطة إجباره على وفائه ، نتيجة رفضه قضاء بحكم حاز قوة الشىء المقضى ، أو بسبب أداء المدين اليمين الحاسمة ، ومثاله أيضاً ذاك المتخلف نتيجة الصلح مع المفلس بالنسبة إلى القدر الذى ينزل عنه الدائن .

هذه هى النظرية الأولى . وهى ، كما بينا ، تضيق إلى حد كبير من حالات الالتزام الطبيعى ، قاصرة إياه على الالتزام المدنى غير المكتمل والالتزام المدنى المتحلل . أما الواجب الأدبى الذى لم يعرف طريقة إلى دائرة القانون ، فهو لا يرتقى فى رأيها إلى منزلة الالتزام الطبيعى . وقد سميت هذه النظرية بالتقليدية ، لأنها تنهج فى أساسها نهج الرومان ، أى تقلدهم .

٢ — النظرية الحديثة : قام فى فرنسا كثير من الفقهاء ، لا سيما المعاصرين منهم ، ينتقدون النظرية التقليدية . وأفلحوا فى بيان عيبها من الناحيتين الآتيتين :

(الأولى) النظرية التقليدية لا تتجاوب مع بعض النصوص الفرنسية ، التي تقرر التزامات طبيعية ، من غير أن تكون أثراً تخلف عن التزام مدنى . ومن ذلك المادة ٢٠٤ فرنسى التي تقضى بأنه ليس للولد دعوى ضد أحد أبويه من أجل تأهيله للزواج أو نحوه . فقد فسر الفقهاء هذا النص على أنه يتضمن التزاما طبيعيا على الوالدين بتأهيل أولادهما ، فى حين أن هذا الالتزام لم يتخلف عن التزام مدنى . ومن ذلك أيضاً المادة ١٩٠٦ فرنسى التي تنص على أن المقترض الذى يدفع فوائد لم يشترطها العقد ولا القانون لا يستطيع استردادها ولا خصمها من أصل الدين ؛ فهذه المادة تفرض بدورها على المقترض التزاماً طبيعياً بأن يدفع للدائن فوائد عن دينه، فى الحالة التي يجبر فيها قانوناً على دفعها ، وذلك فى حين أنه لا يوجد فى هذا الصدد أى أثر تخلف عن التزام مدنى .

(الثانية) ومن ناحية أخرى ، عيب على النظرية التقليدية أنها ، بقصرها الالتزام الطبيعى على حالات الالتزام المدنى غير المكتمل أو المتحلل ، تغلق الباب محكماً بين القانون وبين الأخلاق فى الأغلب من الحالات . وذلك فى حين أنه يجب أن تتخذ فكرة الالتزام الطبيعى منفذاً رحبا تتسرب خلاله آداب الجيل إلى دائرة القانون ، فتخفف من حدته وتطبع علاقات الناس بطابع الأخلاق والضمير والإنسانية .

من أجل ذلك نهض الكثيرون ينبذون الفكرة الرومانية القديمة ، قائلين بفكرة جديدة ، مؤداها أنه يوجد التزام طبيعى ، فى كل حالة تقضى فيها آداب الجيل ومعنويات بالوفاء بالواجب الأدبى ، مادام الشخص عند أدائه يعمل على أن يريح ضميره وأن يتمشى مع مقتضيات الشرف . وسواء بعد هذا أكان الواجب الأدبى أثراً تخلف عن التزام مدنى لم يكتمل أو تحلل ، أو أنه لم يشق طريقه أبداً إلى الالتزام المدنى ، وبقى واجباً أدبياً ، كل ما فى الأمر أن آداب الجيل ومعنوياته تحيطه بنظرة خاصة تباعد بينه وبين الواجب الأدبى المحض ، وتقربه من الالتزام القانونى الكامل .

وهكذا أصبحت دائرة الالتزام الطبيعى ، فى منطق النظرية الحديثة ،

منتظمة حالتين : (الأولى) حالة الالتزام المدنى غير المكتمل أو المتحلل .
(الثانية) حالة الواجب الأدنى المدعم باعتبارات خاصة .

هذا هو ما تقول به النظرية الحديثة فى فرنسا . وواضح أنها لا تقصر الالتزام الطبيعى على الحدود الضيقة الجامدة التى رسمها له الرومان . بل تتوسع فى هذه الحدود ، جاعلة منها باباً رحباً تنفذ منه الآداب والأخلاق إلى دائرة القانون فتخفف من حدته . وقد وجدت هذه النظرية قبولا طيباً لدى المحاكم الفرنسية التى اتبعتها فى مجموعها ، حتى أنه يسوغ أن نطلق عليها «نظرية القضاء» .

هاتان هما النظريتان اللتان قامتا فى فرنسا عقب صدور مجموعة نابليون ، بشأن تحديد حالات الالتزام الطبيعى . وفى غمرة تنازعهما الغلبة والسيادة ، وضع قانوننا المصرى القديم . وقد سار هذا القانون على نهج القانون الفرنسى ، فلم يعالج الالتزام الطبيعى داخل نطاق نظرية عامة ، وإنما اكتفى بأن يشير إليه إشارة عرضية عابرة ، دون أن يصرح حتى باسمه ، وذلك فى مجال الكلام عن دفع غير المستحق . فبعد أن قررت المادة ١٤٥/٢٠٦ منه بأن : « من أخذ شيئاً بغير استحقاق وجب عليه رده» ، جاءت المادة ١٤٧/٢٠٨ تقضى بأنه : «إنما من أعطى باختياره شيئاً لآخر وفاء لدين يعتقد ملزوميته به ولو لم يوجبه القانون لا يكون له استرداده » . وواضح من هذه المادة أن قانوننا القديم أراد أن يساير منطق النظرية الحديثة . فهو يقيم الالتزام الطبيعى على اعتقاد المدين بأنه ملتزم بدين لا يوجبه القانون عليه ، بل أن النص الفرنسى لهذه المادة أكثر صراحة ، حيث إنه يقرر عدم الاسترداد إذا كان الدفع قد حصل اختياراً بمقتضى واجب ولو لم يحتمه القانون en vertu d'un devoir même non sanctionné par la loi . وهكذا فأساس الالتزام الطبيعى فى منطق قانوننا المدنى القديم هو الواجب الأدنى ، دون ضرورة أن يكون هذا الواجب أثراً تخلف عن التزام مدنى .

وقد تجاوبت محاكمنا ، تحت ظل القانون القديم ، مع منطقه ، وبالتالى مع منطق النظرية الحديثة التى سادت فى فرنسا ، فتوسعت فى حالات الالتزام

الطبيعى ، وجعلتها شاملة للواجبات الأدبيـــة التى يحتم الضمير والشرف بل الكياسة وحسن السلوك أداءها[1] ، دون اعتبار فى هذا لما إذا كان الواجب الأدبى قد تمحض عن التزام مدنى شابه الفساد أم لا .

وأخيراً جاء قانوننا المدنى الجديد ، تاركاً للقاضى ، فى غير الحالات التى ينص هو فيها على وجود التزام طبيعى ، تقدير هذا الوجود (المادة ٢٠٠) . ويبين من سلوك قانوننا هذا الطريق ، كما يبين من الأعمال التحضيرية التى اكتنفت وضعه أنه يتجاوب تماما مع النظرية الحـــديثة التى سادت فى فرنسا والتى وجدت لها صدى قوياً فى قانوننا القديم تشريعاً وقضاء ، فيتوسع فى حالات الالتزام الطبيعى ويجعلها شاملة لكل واجب أدبى يرتقى فى وعى الجماعة إلى منزلة خاصة تسمو به عن الواجب الأدبى المحض فى سبيل الدنو من الالتزام القانونى الكامل ، دون تفريق فى هذا بين واجب أدبى تخلف عن التزام مدنى تناسخ حكمه ، بسبب عدم اكتمال تكوينه أو بسبب تحلله ، وبين واجب أدبى نشأ هكذا من الأصل ، أى لم يعرف طريقه إلى القانون إلا على اعتبار كونه التزاما طبيعياً . هكذا انتصرت الآداب والأخلاق فى قانوننا ، ووجدت لها فى الالتزام الطبيعى باباً رحباً تنفذ

---

(١) أنظر فى هـذا على وجه الخصوص : استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ ، ب ٤١ص١١١ . وقد جاء فى هذا الحكم أن المادة ٢٠٨ مختلط ، بإحلالها لفظ (الواجب) محل عبارة (الالتزام الطبيعى) الواردة فى المادة ١٢٣٥ فرنسى ، قصدت التوسع فى فكرة الالتزام الطبيعى ، فتجعلها أكثر اتساقا مع حالة من الحضارة تقوم على إدراك عميق لقوانين الشرف وآداب السلوك . فيوجد التزام طبيعى فى جميع الأحوال التى يلتزم فيها شخص نحو آخر مدفوعا فى ذلك ليس بوازع من الضمير أو من الشرف فحسب ، بل أيضاً بوازع من الكياسة وحسن السلوك dèlicatesse . وانتهت المحكمة إلى اعتبار قيام الزوج بتقديم ما يسد الحاجات الضرورية لزوجته التى عاش معها ١٥ سنة ، ثم طلقها دون أن تكون هناك مبررات قوية لذلك ، وهى فى حالة لاتستطيع معها استئناف حياة زوجية مع غيره ؛ اعتبرت المحكمة هذا السلوك من الزوج أداء لالتزام طبيعى يثقل كاهله . ثم قضت المحكمة بأن هذا الالتزام الطبيعى يتحول إلى التزام مدنى إذا ظهرت رغبة المدين واضحة فى ذلك ، دون حاجة إلى إثبات تلك الرغبة بمحرر كتابى صريح ، وإنمـا يمكن إثباتها بتبادل الرسائل ، مادامت هى تبدو منها بوضوح .

منه إلى دائرة القانون ، فتخفف من حدته وتطبعه بطابع من الإنسانية والضمير والشرف .

٨ — الاعتبارات الواجبة لقيام الالتزام الطبيعى

أسهبنا فى بيان تاريخ الالتزام الطبيعى ، متتبعين إياه من وقت أن ولدت فكرته عند الرومان حتى وصلت إلى قانوننا الحالى . والسبب الذى حدا بنا إلى ذلك هو الرغبة فى أن نتلمس من هذا التاريخ الطويل الضوء الذى ينير للقاضى السبيل إلى معرفة حالات وجود الالتزام الطبيعى ، وذلك إلى جانب الضوء الذى يستمده من النصوص القانونية ومن الأعمال التحضيرية التى اكتنفتها ، ثم من المبادىء القانونية العامة . فقد ترك مشرعنا ، كما بينا ، فى غير الحالات القليلة التى يصرح هو فيها بقيام الالتزام الطبيعى ، أمر وجوده لتقدير القاضى . والقاضى فى تقديره هذا لا يتحكم بالضرورة ، وإنما يؤسسه على اعتبارات معينة ، تساعده الأمور السابقة كلها على تكشفها . ويمكن رد هذه الاعتبارات إلى الثلاثة الآتية :

١ — يلزم أن يكون هناك واجب أدبى محدد التحديد الذى يجعله قابلا لأن يتنفذ . وهو لا يكون كذلك ، إلا إذا تحدد بالنسبة إلى طرفيه وبالنسبة إلى موضوعه . إما إذا كان الواجب الأدبى عاماً يعوزه التحديد والتعيين ، فلا يرتقى إلى مرتبة الالتزام الطبيعى . ومثال ذلك واجب الإحسان إلى الفقراء عموماً . فهذا الواجب مبهم بالنسبة إلى الشخص الذى يؤدى له ، كما إنه مبهم أيضاً بالنسبة إلى القدر الذى يتضمنه . أما واجب مكافأة شخص معين على صنيع أسداه لك ، كأن أنقذك من الغرق ، فقد يرتقى إلى منزلة الالتزام الطبيعى ؛ وذلك لأن هذا الواجب محدد بالنسبة إلى من يؤدى إليه وبالنسبة إلى موضوعه ، وذلك بالضرورة فى حدود المكافأة العادية التى تقتضيها الظروف .

ويرجع استلزام تحديد الواجب الأدبى لكى يرتقى إلى مرتبة الالتزام الطبيعى إلى أن هذا الالتزام ، عند أداء المدين إياه عن بينة واختيار ، يتساوى مع الالتزام المدنى ؛ فلا أقل إذاً من يأخذ شكله .

٢ — يجب أن يرقى الواجب الأدبى فى الوعى الخلقى العام للجماعة إلى مرتبة الالتزام الطبيعى . فليس كل واجب أدبى يعتبر التزاماً طبيعياً . بل يلزم لذلك أن تنظر الجماعة نظرة خاصة إلى الواجب الأدبى ، بحيث تسمو به عن الواجب الأدبى العادى . فالالتزام الطبيعى لم يصل إلى أن يتساوى مع الواجب الأدبى . إنما هو واجب أدبى ينزل فى الضمير العام للجماعة منزلة خاصة . فالإحسان إلى جارك الفقير واجب أدبى عادى ، لأن الوعى الحضارى فى جماعتنا لا ينظر إليه نظرة تزيد على تلك التى ينظر بها إلى غيره من الواجبات الأدبية المحضة . أما إذا كان هذا الجار قريباً لك ، دون أن تصل قرابتكما إلى حد تحملك بالتزام مدنى بالإنفاق عليه ، أو كان هذا الجار قد سبق له أن ساعدك فى محنتك ، فهنا يظهر واجب مساعدته أكثر قوة ورسوخا فى الضمير العام للجماعة ، ومن ثم فهو يرتقى فى وعيها إلى مرتبة الالتزام الطبيعى ، بحيث أنك إذا أديته ما اعتبرتك الجماعة ممتناً متفضلا على جارك ، بل موفياً بدين يثقل كاهلك .

ويلاحظ أن الذى يعتد به هنا هو الوعى الخلقى العام للجماعة . فلا يكفى الوعى الذاتى للفرد . فالإحسان إلى جارك الفقير ، لمجرد أنه جارك ، لا يرقى إلى مرتبة الالتزام الطبيعى ، حتى لو تميزت عن غيرك من سواد الناس برقة زائدة فى الشعور وإرهاف فى الحس . وهكذا فالمعيار هنا موضوعى يقوم على آداب الجيل ومعنوياته ، وليس ذاتياً يراعى فيه شعور الفرد وإحساسه [1]

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما قد يفهم منه غير ذلك . إذ هى قد تضمنت ما يأتى : « ويتعين على القاضى عند الفصل فى أمر الالتزامات الطبيعية أن يتحقق أولا من قيام واجب أدبى ، وأن يتثبت بعد ذلك من أن هذا الواجب يرقى فى وعى الفرد أو فى وعى الجماعة إلى مرتبة الالتزام الطبيعى ... » . فكأن المذكرة الإيضاحية تكتفى فى قيام الالتزام الطبيعى ، بأن يرقى إلى هذه المنزلة ، إما فى تقدير الفرد وإما فى تقدير الجماعة . وهذا النظر يبدو لنا غير صائب . فهو لا يتسق مع الحكمة من قيام نظام الالتزام الطبيعى ، ولا مع تاريخه الطويل . فهذا النظام نشأ واستقر لكى تنفذ إلى دائرة القانون الآداب العامة وليس إحساس الفرد بمجرده .

٣ — والاعتبار الثالث والأخير الذى يجب مراعاته ، لقيام الالتزام الطبيعى ، هو عدم التعارض مع النظام العام . وقد تضمنت المادة ٢٠٠ هذا القيد بقولها فى شطرها الأخير : « . . . وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام » .

فمهما شعر الفرد منا بشدة وطأة واجب معين على ضميره ، فلا يمكن أن يرتقى هذا الواجب إلى منزلة الالتزام الطبيعى ، إذا تعارض أداؤه مع النظام العام . وهذا أمر بديهى . إذ أن نظام الالتزام الطبيعى وجد لكى يكون سبيلا للوصول إلى الخير العام للجماعة ، بتسرب آدابها إلى دائرة القانون تخفف من حدته وتطبعه بطابع الضمير والشرف والإنسانية ؛ فلا يسوغ أن يكون وسيلة للإضرار بها ، بتنافيه مع مقتضيات النظام العام فيها . بل إن طبيعة الأمور ذاتها تؤدى إلى عدم قيام الالتزام الطبيعى إذا تعارض مع النظام العام ، وكنا لنصل إلى تقرير هذا الأمر حتى لو لم ينص عليه المشرع . إذ أن الواجب الأدبى كما بينا ، لا يسمو إلى مرتبة الالتزام الطبيعى إلا إذا بلغ منزلته فى الوعى العام للجماعة . وهو لا يبلغ تلك المنزلة فيه إذا تعارض مع ما يقتضيه النظام العام . فالجماعة تنفر بالضرورة من كل أمر يتجافى مع مصلحة أساسية من مصالحها ، لدرجة يمكن معها القول بأن مثل هذا الأمر لا يرقى حتى إلى درجة الواجب الأدبى المحض .

وقد طبق القانون نفسه هذه الفكرة فى عدة مناسبات . فقرر ، مثلا ، فى المادة ٢٢٧/١ منه أنه لا يجوز الاتفاق على فوائد للديون تزيد على ٧ ٪ ، وأنه إذا اتفق على فوائد يزيد سعرها على هذا القدر ، وجب تخفيضها إليه ، وتعين رد ما دفع زائداً عليه . فالمدين الذى يؤدى لدائنه فوائد عن دينه تزيد على الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية ، لا يعتبر ، بالنسبة إلى هذه الزيادة ، موفياً بالتزام طبيعى ، مهما كان ضغط الضمير عليه قوياً لأدائها ، بل يعتبر أنه قد دفع ما هو ليس مستحقاً عليه ، الأمر الذى يخول له استرداده . والسبب فى ذلك أن النظام العام عندنا يأبى الإغراق فى الربا .

وقد قرر القانون أيضاً فى المادة ٧٣٩ منه بأنه : « ١ - يكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان . ٢ - ولمن خسر فى مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق ». فالمقامرة والرهان يخالفان النظام العام عندنا ، لما فيهما من المضاربة على الحظ . وللخاسر أن يسترد ما دفعه فيها ، حتى لو كان من طائفة المقامرين الذين يعتبرون دين القمار دين شرف dette de jue dette d'honneur إذ أن هذا الدفع لا يعتبر وفاء لالتزام طبيعى ، لتجافيه مع النظام العام بل مع الآداب العامة فى الجماعة .

وتطبيقاً لنفس الفكرة التى تقضى بعدم قيام الالتزام الطبيعى إذا تعارض مع النظام العام ، لا يعتبر وفاء لالتزام طبيعى قيام الراشى بدفع الرشوة للموظف المرتشى ، ولا قيام المحرض على القتل بدفع الجعل للقاتل نظير إجرامه ، ولا قيام المجنى عليه فى السرقة بدفع الحلوان للسارق حتى لو رد المسروق باختياره .

٩ — مالات الالتزام الطبيعى

تنص المادة ٢٠٠ على أنه : « يقدر القاضى ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعى . وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام » .

فالمشرع لم يلجأ ، كما بينا ، إلى بيان الالتزامات الطبيعية على سبيل التحديد والحصر . بل نص على بعضها ، وهو جد قليل ، وترك البعض الآخر ، وهو الكثير الغالب ، لتقدير القاضى . والقاضى فى هذا التقدير لا يتحكم ، بل يجب أن يلتزم الاعتبارات الثلاثة التى سبق لنا بيانها . وهو فى التزامه هذه الاعتبارات ، يخضع لرقابة محكمة النقض .

ومن الحالات التى نص فيها المشرع على وجود الالتزام الطبيعى ،

بل لعلها الحالة الوحيدة فى المجموعة المدنية على الأقل ، ما تقضى به المادة ٣٨٦/١ من أنه : « ١ — يترتب على التقادم انقضاء الالتزام . ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى » . فالدين، بعد انقضائه بالتقادم، يستحيل التزاماً طبيعياً فى ذمة المدين . بحيث إنه لو أداه عن بينه واختيار ، اعتبر أنه يوفى ديناً يثقل كاهله ، وامتنع عليه بالتالى استرداد ما دفع .

أما الحالات التى لم يصرح فيها المشرع بقيام الالتزام الطبيعي والتى يسوغ القول بوجوده فيها ، فهى عديدة تستعصى على الحصر . ولا مفر إزاءها من أن نجتزى بضرب الأمثلة . ورغبة فى السهولة واليسر ، نتبع فى سرد هـــذه الأمثلة ، التطور التاريخى لنظام الالتزام الطبيعى ، فنبدأ باعطاء امثلة للالتزام الطبيعى الذى تخلف عن التزام مدنى لم يكتمل تكوينه ، ثم للالتزام الطبيعى الذى تخلف عن التزام مدنى اكتمل تكوينه ولكنه تحلل بعد اكتماله ، وأخيراً للالتزام الطبيعى الذى نشأ من الأصل واجباً أدبياً ، وذلك كله فيما يلى :

(١) التزامات طبيعية تتخلف عن التزامات مدنية لم يكتمل تكوينها : أبرز مثال لهذه الالتزامات هو التزام ناقص الأهلية بعد تقرير بطلانه . فالتزام ناقص الأهلية ينهض فى البداية التزاماً مدنياً . لأن العقد الذى يولده ، لا يقع باطلا ، وإنما قابلا للإبطال . ولكن بعد تقرير بطلان العقد ، يزول التزام ناقص الأهلية باعتباره التزاماً مدنياً ، ويعتبر أنه لم يوجد أصلا على هذا الاعتبار ، ويتخلف عنه التزام طبيعى . ومن الالتزامات الطبيعية التى تندرج فى هذه الطائفة ، ذلك المتخلف عن الهبة التى تقع باطلة بسبب عدم مجيئها فى الشكل الرسمى . فعلى الواهب هنا ، أو ورثته من بعده، التزام طبيعى بتنفيذ الهبة[1] .

(١) والحق أن الخلاف قد ثار حاداً حول هذا الأمر . فقد انتقد كثير من الفقهاء القول بأنه يترتب على الهبة الباطلة لعيب فى الشكل التزام طبيعى فى ذمة الواهب بتنفيذها . وحجتهم فى ذلك أن أثر الالتزام الطبيعى لا يقتصر على أن تنفيذه الاختيارى يعتبر وفاء له يمنع المدين من استرداد ما دفعه ؛ ولكنه يشمل أيضاً اعتبار التعهد بتنفيذه متضمناً التزاماً مدنياً . وذلك فى حين أن القانون ، بشأن الهبة الباطلة ، لا يقر إلا الأثر الأول دون الثانى (أنظر فى هذا المعنى =

أستاذنا عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ج ٢ نبذة ٣٩٥ — إسماعيل غانم أحكام الالتزام ج ١ طبعة ١٩٥٦ ص ٢٨٧ هامش ٣) . ولا جدال عندنا فى أن تعهد الواهب ، فى ورقة عرفية ، بتنفيذ الهبة الباطلة لعيب فى الشكل يقع باطلا بدوره ، وذلك بخلاف ما يترتب على الالتزام الطبيعى بوجه عام . إذ القول بغير هذا يؤدى إلى إعطاء الواهب وسيلة سهلة للخلاص من الشكل الرسمى الذى يحتمه القانون لقيام الهبة ، فما عليه لذلك إلا أن يهب بورقة عرفية ثم يعود فيتعهد بتنفيذ الهبة . ولكن هذا لا يقدح فى اعتبار التزام الواهب فى حالتنا التزاماً طبيعياً . فلا يوجد ثمة ما يمنع من أن الالتزام الطبيعى يحرم ، فى حالة خاصة ، من انتاج أحد آثاره ، سيما إذا كان هذا الأثر ثانوياً ، مع احتفاظه مع ذلك بصفته هذه . والحقيقة أنه يمكن إرجاع حرمان الالتزام الطبيعى المترتب فى ذمة الواهب بتنفيذ الهبة الباطلة لعيب فى الشكل من إمكان التعهد به تعهداً مدنياً فى ورقة عرفية إلى نص فى القانون ، هو نص المادة ١٠٢ الخاص بالوعد بالعقد . فالتعهد بتنفيذ هبة باطلة لا يعدو أن يكون وعدا بالهبة . والوعد بالعقد الرسمى لا يصح إلا إذا جاء بدوره فى ورقة رسمية . نخلص من هذا أن الهبة الباطلة لعيب فى الشكل تخلف وراءها التزاماً طبيعياً بتنفيذها ، مع حرمان هذا الالتزام من إمكان التعهد به تعهداً مدنياً .

ومما يؤيد هذا النظر أن المشرع يستعمل فى المادة ٤٨٩ نفس الألفاظ التقليدية التى تعبر عن الأثر الرئيسى للالتزام الطبيعى ؛ فهو يقول فى هذه المادة : « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » . ثم إن الأعمال التحضيرية للقانون صريحة فى إقراره . فقد كانت المادة ٦٦٣ من المشروع التمهيدى تنص على أنه : « إذ قام الواهب أو ورثته ، مختارين ، بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل ، انقلبت الهبة صحيحة » . فلوحظ على هذه الصياغة أنها لا تستقيم مع القواعد العامة ، فعدلت على النحو الذى جاء فى المادة ٤٨٩ من القانون ؛ وجاء تبريراً لهذا التعديل : «أن تنفيذ الهبة الباطلة يعتبر تنفيذا لالتزام طبيعى » أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ٤ ، تقرير لجنة المراجعة ، وتقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب ، ص ٢٥٢ ، والمذكرة الايضاحية ص ٢٥٤ .

ومما يؤيد وجهة النظر التى ذهبنا إليها أيضاً أنه يصعب تأصيل حكم المادة ٤٨٩ على أساس آخر غير الأساس الذى رأيناه . فلا يستقيم فى نظرنا الرأى الذى ذهب إليه أستاذنا السنهورى وزميلنا اسماعيل غانم من أن بطلان الهبة التى لا يراعى فيها الشكل هو بطلان من نوع خاص تصبح إجازته بتنفيذها اختياراً . فواضح أن الشكل ركن فى عقد الهبة لا تقوم بغير توافره ؛ والاجازة لا تصحح العدم . ثم أليس فى القول بتحتيم ورود الإجازة ، إن ساغ تصحيح الهبة بها ، بطريق واحد، هو التنفيذ الاختيارى لها ، أليس فى هذا القول الشىء الكثير من التمحل والاصطناع . وأخيراً فالرأى الذى نعارضه يتجافى مع الأعمال التحضيرية لقانوننا ، كما يبدو من عرضنا إياها الذى قدمناه من قليل . ولا يستقيم كذلك الرأى الذى ذهب إليه زميلنا أكثم الخولى (دروس فى العقود المدنية ١٩٥٥ — ١٩٥٦ نبذة ٨) ، من أن التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة لعيب فى الشكل يعتبر شكلا جديداً يستعيض به المشرع بديلا عن الشكل الأول . إذ أن تنفيذ الالتزام هو وفاء له ، فكيف يعتبر شكلا يحيى فيه العقد الذى يولده.

وهذا هو ما يستفاد من المادة ٤٨٩ التى جاءت تقول : « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » .

(ب) التزامات طبعية تتخلف عن التزامات مدنية قد تحللت : من أمثلة الالتزامات الطبيعية التى تتخلف عن التزامات مدنية قد تناسخ حكمها بعد اكتمال تكوينها ما يأتى :

١ — الالتزام الطبيعى الذى يتخلف عن التزام مدنى انقضى بالتقادم . وقد صرحت المادة ٣٨٦/١ بوجود هذا الالتزام ، كما بينا آنفا .

٢ — الالتزام الطبيعى الذى يتخلف عن التزام مدنى تناسخ حكمه بسبب رفضه قضاء بحكم حاز قوة الأمر المقضى ، أو بسبب أداء المدين اليمين الحاسمة ببراءة ذمته منه .

٣ — الالتزام الذى يتخلف فى ذمة المدين التاجر نتيجة الصلح الذى يعقده مع دائنيه بالتنازل عن بعض ديونهم المدنيه قبله ، بالنسبه إلى القدر الذى يرد التنازل عنه .

(ج) التزامات طبعية تقوم على واجبات نشأت أدبية من الأصل : من امثلة الالتزامات الطبيعية التى تندرج فى هذه الطائفة التزام المخدوم بمكافأة خادمة على تفانيه فى خدمته ، أو التزامة بترتيب إيراد له ينفق منه على ضروريات حياته إذا أقعده العجز أو المرض أو الشيخوخة على الاستمرار فى عمله ، والتزام شخص بمكافأة طبيب أظهر براعة فى عـــلاجه وذلك زيادة عن الأجر المتفق عليه بينهما ، والتزام الوالدين بتأهيل أبنهما أو بنتهما للزواج بتقديم المهر أو إعداد الجهاز ، والتزام الشخص الموسر بتقديم ما يلزم لضروريات الحياة لأقربائه ممن لا تلزمه نفقتهم قانونا ، والتزام الزوج الذى يطلق زوجته لغير ماذنب جنته بالانفاق عليها إذا خيم عليها العوز والحاجة[1] ،

---

(١) أنظر استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ ، ب ٤١ ص ١١١ ، وقد سبقت لإشارة إليه .

والتزام الشخص الذى يغوى إمرأة دون إمكان نسبة الخطأ إليه قانونا[١]، فأساء إلى سمعتها بتقديم المعونة التى تساعدها على النهوض من زلتها .

المبحث الثانى

آثار الالتزام الطبيعى

١٠ — بينا فيما سبق حالات الالتزام الطبيعى . وقد بدأت تلك الحالات كما عرفنا ، قليلة محدودة عند نشأة هذا النظام لدى الرومان ، ثم أخذت تتسع على ممر الأيام ، حتى وصلت فى وقتنا الحاضر إلى أن تشغل مجالا رحب الحدود . وقد حدث العكس بالنسبة إلى آثار الالتزام الطبيعى . فقد بدأت تلك الآثار عند الرومان بعيدة المدى ، ثم أخذت تضيق على ممر الزمن ، حتى أصبحت فى قانوننا المصرى جد قليلة . وهكذا فالالتزام الطبيعى فى القانون الحديث يفترق عن صنوه عند الرومان ، بأنه أكثر صوراً فى حالاته ، وأقل إنتاجاً فى آثاره[٢] .

والأمر المميز لآثار الالتزام الطبيعى فى قانوننا المصرى أنها لا تترتب فى ذمة المدين إلا بإرادته . فسمه هذا الالتزام ، كما بينا ، ألا جبر فى تنفيذه . فلا بد أن يظهر المدين رغبته فى احترام الالتزام الطبيعى والتقيد به قانونا . فإن لم يفعل ، فلا يسوغ للدائن إجباره على ذلك . فالالتزام الطبيعى ، كما بينا ، مجرد عن عنصر المسئولية ، ولكن إذا أبدى المدين مختاراً رغبته فى التقيد بالتزام الطبيعى ، ما ساغ له بعد ذلك الرجوع والنكوص . لأنه يعتبر أنه رغب فى التقيد بأمر يوجبه عليه القانون . فالالتزام الطبيعى ، إن تجرد من عنصر المسئولية ، إلا أنه يشمل عنصر الوجوب أو المديونية ، كما سبق لنا البيان[٣] .

---

(١) أما إذا كان الإغواء متضمناً خطأ قانونياً ، كان الالتزام بالتعويض التزاماً مدنياً .

(٢) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٢ ص ٤٩٥ .

(٣) أنظر ماسبق ، نبذة ٤ .

وإذا كانت آثار الالتزام الطبيعي لا تترتب فى ذمة المدين إلا إذا أبدى رغبته فى التقيد به قانوناً ، فإن هذه الرغبة تبدى منه على إحدى صورتين : فهو إما ان يؤديه فعلا وإما أن يتعهد بأدائه مستقبلا . ومن هنا اقتصرت آثار الالتزام الطبيعي على الأمرين الآتيين :

١ — اعتبار أدائه من المدين وفاء به .

٢ — تعهد المدين بأدائه مستقبلا يتضمن التزاماً مدنياً .

ونتكلم فى كل من هذين الأمرين بالتفصيل ، وذلك فيما يلى :

١١ — أداء الالتزام الطبيعي يعتبر وفاء به

الأثر الرئيسى للالتزام الطبيعي هو أن أداءه من المدين يعتبر وفاء به . فالالتزام الطبيعي ، وإن تجرد من عنصر المسئولية ، فهو يحوى عنصر الوجوب أو المديونية ؛ وإن حال تخلف العنصر الأول دون جبر المدين على وفائه ، فإن من مقتضى العنصر الثانى ، أن تعتبر ذمة المدين مشغولة به ؛ فإن جاء هذا وأداه باختياره ، أعتبر أنه وفى التزاماً يثقل كاهله . فهو لا يعتبر أنه قد أدى شيئاً غير مستحق عليه . ولا يعتبر كذلك أنه قد تبرع بما أدى . وقد ركزت المادة ٢٠١ هذا الأثر بقولها : « لا يسترد المدين ما أداه باختياره قاصداً أن يوفى التزاماً طبيعياً » .

بيد أنه إذا اعتبر أداء الالتزام الطبيعي وفاء به ، فلا بد لذلك من أن يقترن بالشروط الآتية :

١ — يجب أن تتوافر الشروط التى تقضى بها القواعد العامة لصحة الوفاء . فالأداء يعتبر هنا وفاء . ومن ثم وجب أن تتوافر فيه شروط الوفاء العادى . فإذا كان المدين الموفى ناقص الأهلية ، مثلا ، ساغ له أن يتمسك بإبطال وفائه .

٢ — يلزم أن يكون المدين ، عند أدائه الالتزام الطبيعي ، على بينة

من أن هذا الالتزام ، بمعنى أن يكون عالماً بأن القانون لا يجبره على أدائه ، وأنه حينما يؤديه لا يفعل أكثر من أن يستجيب لواجب يحتمه عليه ضميره أما إذا أدى المدين الالتزام الطبيعي مقاداً فى هـــذا باعتقاده الخاطىء بأن القانون يجبره على وفائه ، ما اعتبر هذا الأداء وفاء به ، وإنما دفعاً لشيء غير مستحق عليه ، الأمر الذى يخول له استرداد ما دفع [١] . وفى هذا يختلف أمر الالتزام الطبيعي فى قانوننا اختلافاً أساسياً عما كان عليه عند الرومان ، حيث كان أداؤه من المدين يعتبر وفاء به ، حتى لو كان حاصلا عن غلط ، اى حاصلا من المدين ، حالة كونه يعتقد أنه يؤدى التزاماً مدنياً يجبره عليه القانون [٢] .

٣ — يجب أن يحصل أداء المدين للالتزام الطبيعي من تلقاء نفسه وبمحض حريته واختياره . أما إذا أكره على هذا الأداء ، حتى لو لم تتوافر الشروط التى تتطلبها القواعد العامة فى الإكراه العادى ، ما اعتبر وفاء للالتزام الطبيعي ، وساغ للمدين أن يسترد مادفع ، على اعتبار أنه أدى شيئاً غير مستحق عليه .

٤ — ويلزم فى النهاية ، أن يكون المدين ، بأدائه الالتزام الطبيعي ، قاصداً أن يوفيه . وهذا ما يتطلب بالضرورة أن يكون المدين شاعراً بأن الواجب الأدبي يرقى فى وعيه الذاتي إلى منزلة الالتزام الطبيعي ، فيعمد إلى

---

(١) ويلاحظ أن ثبــوت الحق للمدين بالالتزام الطبيعي فى استرداد ما أداه تنفيــذاً له إذا لم يــكن على بينة من أمره ، لايرجع إلى القواعد العامة فى الغلط ، وإنما لتخلف أحد الشروط الواجبة لاعتبار هذا الأداء وفاء بالتزام طبيعي . فالأداء لا يعتبر هنا متضمناً وفاء وقع قابلا للإبطال ، نتيجة تعيب رضاء الموفى بالغلط . وإنما هو لا يعتبر وفاء أصلا ، بل مجرد دفع لغير المستحق . ويترتب على ذلك أنه لا يلزم ، لثبوت الاسترداد للمدين ، أن يكون الدائن قد شاركه الاعتقاد الخاطىء عن صفة الدين ، أو كان يعلم بوقوع المدين فيه أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك ؛ الأمر الذى كان يتحتم ، لو أننا فى مجال تطبيق للقواعد العامة فى الغلط (المادة ١٢٠) .

(٢) أنظر ما سبق ، نبذة ٧ .

أدائه ليريح ضميره . ويجب هنا عدم الخلط بين وصول الواجب الأدبى إلى منزلة الالتزام الطبيعى فى الوعى العام للجماعة ، وبين وصوله إلى تلك المنزلة فى الوعى الذاتى للمدين . فالأمر الأول شرط لقيام الالتزام الطبيعى . أما الأمر الثانى ، فهو شرط لاعتبار أداء الالتزام الطبيعى وفاء به . وكما هو ظاهر ، لا يغنى أحد الأمرين عن الثانى . فإذا لم يصل الواجب الأدبى إلى مرتبة الالتزام الطبيعى فى الوعى العام للجماعة ، تخلف عنه شرط أساسى لاعتباره التزاماً طبيعياً ، فإن جاء الفرد وأداه ، اعتبر أنه أدى شيئاً لا يوجبه عليه القانون ، وذلك حتى لو كان يعتقد بأنه يؤدى التزاماً طبيعياً . وإذا وصل الواجب الأدبى إلى منزلة الالتزام الطبيعى فى الوعى العام للجماعة ، ولكن المدين لم يشارك غيره من سواد الناس اعتقادهم بتلك المنزلة ، ومع ذلك قام بأداء موضوع ذاك الالتزام ، فلا يمكن القول هنا بأنه قصد أن يوفى التزاماً طبيعياً ، ما دام هو لا يشعر بوجوبه فى ذمته ؛ فالحق إنه قصد التبرع بما أدى .

١٢ — النتائج المترتبة على اعتبار أداء الالتزام الطبيعى وفاء به

إذا أدى المدين مضمون الالتزام الطبيعى ، وتوافرت فى أدائه هذه الشروط التى بيناها ، اعتبر أنه يوفى التزاماً يوجبه القانون عليه . ويترتب على ذلك النتيجتان الأساسيتان الآتيتان :

(الأولى) يعتبر المدين أنه وفى دينا يوجبه القانون فى ذمته . فهو لم يدفع شيئاً غير مستحق عليه ، ولا يجوز له بالتالى استرداد ما دفع . وقد صرحت المادة ٢٠١ بهذا الحكم بقولها . « لا يسترد المدين ما أداه باختياره قاصداً أن يوفى التزاماً طبيعياً » .

(الثانية) لا يعتبر المدين متبرعا بما أدى ، فهو لم يفعل أكثر من أنه وفى ديناً يقرر القانون انشغال ذمته به . وعلى هذا يأخذ أداؤه حكم الوفاء بالالتزام ، لا حكم التبرع . فلا يعمل هنا بالقواعد التى تحكم التبرعات ، شكلية

كانت أم موضوعية ؛ وإنما تسرى فقط القواعد التى تحكم الوفاء بالالتزام . ويترتب على ذلك النتائج الفرعية الآتية :

١ — لايلزم أن يجىء أداء الالتزام الطبيعى فى شكل خاص .

٢ — يكتفى فى أداء الالتزام الطبيعى بأهلية الوفاء ، أى أهلية إجراء الأعمال التى تدور بين النفع والضرر ؛ فلا تستلزم أهلية التبرع .

٣ — لا يجوز الرجوع فى أداء الالتزام الطبيعى . ولو كان الأمر هبة لساغ الرجوع فيها ، حيثما يسمح القانون بذلك .

٤ — أداء المدين الالتزام الطبيعى فى مرض موته لا يقصد به التبرع ، وبالتالى فهو لايعتبر وصية [1] .

١٣ — أداء الالتزام الطبيعى لا يجعل منه التزاما مدنيا

عرفنا أن أداء الالتزام الطبيعى يعتبر وفاء له . ولكنه لا يتجاوز هذا المدى . فهو لا يجعل منه التزاماً مدنياً . فالأداء يعتبر أنه حصل وفاء لدين ما زال طبيعياً ، أى أن القانون يوجبه فى ذمة المدين دون أن يقرر مسئوليتها عنه . ويترتب على ذلك النتيجتان الآتيتان :

١ — إذا اقتصر المدين بالالتزام الطبيعى على أداء جزء منه ، ما ساغ للدائن أن يجبره على وفاء باقيه .

٢ — إذا أدى المدين التزامه الطبيعى بشىء غير مملوك له ، ثم استحق

---

(١) على أنه يلاحظ هنا أنه ، وفقاً للمادة ٩١٦ / ٣ ، يقوم حصول التصرف القانونى فى مرض موت المتصرف قرينة قانونية على ان المقصود به هو التبرع ، مع إمكان هدم هذه القرينة بإقامة الدليل على العكس . وعلى هذا فيعتبر الموفى متبرعاً بما يؤديه ، إلى ان يقيم الدائن الدليل على أنه بأدائه قد قصد أن يوفى له التزاماً طبيعياً .

هذا الشيء لصاحبه ، ما ساغ للدائن أن يرجع عليه بضمان الاستحقاق[1] . والسبب فى ذلك أنه يترتب على استحقاق الشيء الموفى به اعتبار الوفاء كأن لم يكن . فالالتزام بالتالى يبقى قائماً لم ينقض . وحيث إنه لا زال التزاماً طبيعياً ، فلا جبر فى تنفيذه .

١٤ — كيفية الطعن فى أداء الالتزام الطبيعى بالدعوى البوليصية

إذا أدى المدين التزامه الطبيعى وهو معسر[2] ، أو ترتب على هذا الأداء إعساره ، جاز لدائنيه أن يطعنوا فيه بالدعوى البوليصية لتقرير عدم نفاذه فى مواجهتهم . ولكن على أى أساس تبنى الدعوى البوليصية هنا ؛ أعلى اعتبار أداء الالتزام الطبيعى معاوضة ، أم على اعتباره تبرعاً ؟

واضح ما لهذا الموضوع من أهمية عظمى . فلو اعتبر الأمر معاوضة ، ما نجحت الدعوى البوليصية إلا إذا أثبت رافعها وقوع الغش من كل من الموفى والموفى له ، بمعنى علمهما بإعسار الأول . أما لو اعتبر الأمر تبرعاً ، فإن الدعوى تنجح ، حتى ولو كان كل من هذين حسن النية .

وتسير كثرة الفقهاء على أن أداء الالتزام الطبيعى يتضمن وفاء عادياً ، أى عملا من أعمال المعاوضات ، حتى بالنسبة إلى تطبيق أحكام الدعوى البوليصية[3] .

وقد عارض فريق من الشراح هذا الرأى ، قائلين بأن أداء الالتزام الطبيعى ، وإن اعتبر وفاء فى العلاقة بين طرفيه ، إلا أنه يعتبر تبرعاً بالنسبة

---

(١) انظر فى هذا المعنى : السنهورى ، الوسيط ج ٢ نبذة ٤٠٠ — اسماعيل غانم ، أحكام الالتزام ج ١ نبذة ١٤٣ . وأنظر عكس ذلك : بلانيول وربير المطول ج ٧ نبذة ٩٩٣ ، سليمان مرقص ، أحكام الالتزام ، نبذة ١٥ .

(٢) ومن المتصور أن يحدث هذا كثير فى العمل ، لاسيما بالنسبة لقيام الأب بتجهيز إبنته وهو معسر ، أو يسرف فيه إسرافاً يجر إلى إعساره .

(٣) وقد أقرت المذكرة الإيضاحية هذا الرأى ، حيث جاء فيها أن أداء الالتزام الطبيعى يعتبر وفاء لا تبرعا ، وبوجه خاص فيما يتعلق بتطبيق أحكام الدعوى البوليصية وتصرفات المريض مرض الموت .

إلى دائنى المدين ، لأنه يتضمن محاباة من هذا الأخير للموفى له على حسابهم[1] .
وهذا الرأى الثانى محل نظر . إذ التصرف القانونى لا يأخذ إلا شكلا واحداً فى مواجهة الكافة . فلا يسوغ القول بأن طبيعته تتغير بتغير النظر إلى الأشخاص .

وقد رأى فريق ثالث اعتبار أداء الالتزام الطبيعى متضمناً تبرعاً يخول للدائنين الطعن فيه بالدعوى البوليصية، دون حاجة إلى إثبات الغش، مؤسسين رأيهم على فكرة جديدة ، تقوم على قياس هذا الأداء على وفاء الالتزام المدنى المقترن بأجل لما يحل . فالمادة ٢٤٢/٢ تقضى بأنه يجوز للدائنين أن يطعنوا بالدعوى البوليصية فى وفاء مدينهم لدائن آخر غيرهم بدين له ، قبل الأجل المحدد فى الأصل لوفائه ، وذلك دون حاجة إلى إثبات الغش والتواطؤ . ويقيس الفقهاء الذين نعرض رأيهم على هذه الحالة حالة الوفاء بالدين الطبيعى ، ويعطونها نفس الحكم من باب أولى[2] . وهذا الرأى ، وإن كان أسلس من سابقه ، إلا أنه يبدو لنا بدوره محلا للنقد . إذ أن وفاء الدين قبل حلول أجله يتضمن تبرعاً من المدين بنزوله عن الأجل ، ومن ثم كان منطقيا أن ينزله المشرع منزلة التبرع بالنسبة إلى أحكام الدعوى البوليصية . وليس الحال هكذا فى أداء الالتزام الطبيعى . فهو دين حال يوجبه القانون فى ذمة المدين ، وإن كان لا يجبره على أدائه . فإذا أداه المدين قاصداً أن يبرىء ذمته منه ، فكيف يقال بعد هذا أنه يتبرع بما أدى !

والحق إنه إذا ثبت قيام الالتزام الطبيعى ، ثم جاء المدين فأداه قاصداً أن يوفيه ، فإن أداءه على هـذا النحو يعتبر وفاء ، أى عملا من أعمال المعاوضات . ولكننا قد رأينا أن الواجب الأدبى لا يرقى إلى منزلة الالتزام

---

(١) أنظر فى هذا المعنى Cendrier ، آثار الالتزام الطبيعى فى مواجهة الدائنين المدنيين رسالة مقدمة إلى جامعة باريس ١٩٣٢ ، نبذة ٤٢ وما بعدها — سليمان مرقص ، المرجع السابق نبذة ١٥ .

(٢) أنظر : السنهورى ، نبذة ٤٠٠ — اسماعيل هانم ، نبذة ١٤٠٦ .

الطبيعى ، إلا إذا وصل إلى تلك المنزلة فى الوعى العام للجماعة[1] . والآداب العامة للجماعة تأبى ان يقوم الفرد بأداء واجب لا يحتمه عليه إلا الضمير ، إذا كان فى أدائه هذا تعطيل لوفائه بالواجبات التى يحتم القانون عليه القيام بها فضلا عن الضمير . فالأهم يقدم على المهم . وعلى ذلك فإذا كان المدين معسراً ، فإن واجبه الأدبى ، لا يرتقى أصلا إلى منزلة الالتزام الطبيعى[2] فإذا قام بأدائه ، حتى بحسن نية ، اعتبر متبرعاً بما يؤدى ، وحق لدائنيه أن يطعنوا فيه على هذا الأساس بالدعوى البوليسية[3] .

١٥ — تعهد المدين بأداء الالتزام الطبيعى يتضمن التزاماً مدنياً بوفائه

رأينا أن الأثر الرئيس للالتزام الطبيعى يتركز فى أن أداء هذا الالتزام من المدين عن بينة واختيار يعتبر وفاء له، وليس تبرعا ولا دفعا لغير المستحق. وللالتزام الطبيعى أثر آخر ، مؤداه أن تعهد المدين بأدائه يتضمن التزاما مدنياً .

ويحدث هذا التعهد عادة فى الحالة التى يرغب فيها المدين أداء التزامه الطبيعى ، ولكنه لا يؤديه حالاً لسبب أو لآخر ، فيتعهد بأدائه فيما بعد أو يعلق هذا الأداء على شرط قد يتحقق فى المستقبل . ومثال ذلك أن يتعهد شخص بالإنفاق على إمرأة طلقها لغير ما سبب جنته ، وأن يتعهد التاجر

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ٨ .

(٢) ويسرى هذا الحكم حتى فى الحالة التى ينص فيها القانون على اعتبار واجب أدبى معين التزاماً طبيعياً ، كما هو الشأن بالنسبة إلى حالة الدين المدنى الذى يسقط بالتقادم . إذ القانون يبنى هنا قيام الالتزام الطبيعى على اعتبار قيام الحالة العادية ، وهى حالة اقتدار المدين .

(٣) ولكن لا يجوز هنا الطعن فى أداء الالتزام الطبيعى على أساس أنه يتضمن هبة لم ترد فى الشكل الرسمى . لأن الهبة هنا تجىء تحت ستار عقد آخر (المادة ٤٨٨ / ١) ، هو عقد الوفاء بالتزام طبيعى .

المفلس، الذي يصطلح مع دائنيه على أن يتركوا له قدراً من ديونهم، بأن يفي لهم بهذا القدر إذا ما صلح حاله[1].

وقد أراد المشرع أن يقر هذا الأثر التقليدي للالتزام الطبيعي، فقضى في المادة ٢٠٢ بأنه: «الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لالتزام مدني». وهذه صياغة معيبة، كما سنوضحه بعد قليل.

وغني عن البيان أن الذي يؤخذ به في الاعتبار هنا هو التعهد بأداء الالتزام الطبيعي. ولا يسوغ القول بوجود هذا التعهد، إلا إذا ظهر بوضوح أن نية المدين قد انصرفت إلى أن تجعل من الالتزام الطبيعي التزاما مدنياً يجبر قضاء على تنفيــــذه. فلا يكفي مجرد اعتراف المدين بوجود الالتزام الطبيعي في ذمته[2]. وإذا قام شك حول ما إذا كانت نية المدين قد انصرفت حقيقة إلى التعهد بوفاء الالتزام الطبيعي، وجب تفسير هذا الشك لمصلحة المدين (المادة ١٥١/١)، والقول بالتالي بعدم وجود ذاك التعهد.

ويلزم لصحة التعهد بالالتزام الطبيعي نفس الشروط التي بيناها عند الكلام في اعتبار أداء هذا الالتزام وفاء به. فيجب أن يكون ثمة التزام طبيعي، وأن يتعهد المدين بأدائه تعهداً صحيحاً وفقاً للقواعد العامة، وأن يحصل منه هذا التعهد وهو على بينة من أمر الالتزام الطبيعي، وأن يجيء منه هذا

---

(١) على أنه يلزم هنا، بطبيعة الحال، أن يصدر التعهد من التاجر المفلس وهو حر مختار. فإذا ثبت أنه أعطى هذا العهد، لكي يصل من ورائه إلى أن يرتضي دائنوه الصلح فلا يعتبر عهده هذا متضمناً التزاماً مدنياً. إذ لا يمكن القول هنا بأنه قصد إلى التعهد لكي يريح ضميره بأداء الالتزام الطبيعي.

(٢) وقد كانت المادة ٢٠٨ من المشروع النهائي، التي تقرر قاعدة أن التعهد بوفاء الالتزام الطبيعي يتضمن التزاماً مدنياً، تقول: «الالتزام الطبيعي إذا اعترف المدين به، يصلح سبباً لالتزام مدني». وعند مناقشة هذا النص في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ، أثارت عبارة «إذا اعترف المدين به» شبهة أن مجرد الاعتراف بالالتزام الطبيعي ينقله إلى التزام مدني. فحذفت تلك العبارة دفعاً لهذه الشبهة. وأثبت في محضر الجلسة «أن مجرد الاعتراف لا يصح أن يكون وحده سبباً كافياً لتحويل الالتزام من طبيعي إلى مدني». انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج ٢ ص ٥٠٤.

التعهد طوعا واختياراً ، وأن يقصد به الوفاء بالالتزام الطبيعي . ويتحتم توافر هذه الشروط ، برغم أن المادة ٢٠٢ التى تتكلم عن التعهد بوفاء الالتزام الطبيعي لا تصرح بها . ذلك لأن المادة ٢٠١ تستلزمها عند أداء الالتزام الطبيعي فعلا ، فهى ضرورية من باب أولى عند التعهد بهذا الأداء مستقبلا .

إذا توافرت كل هذه الشروط ، صح التعهد بأداء الالتزام الطبيعي ، على اعتبار أنه يتضمن التزاما مدنياً . ويترتب على ذلك أن المدين يجبر على وفاء العهد الذى قطعه على نفسه . فالالتزام الطبيعي الذى كان القانون يقتصر على تقرير وجوبه فى ذمته أصبح ، نتيجة التعهد بوفائه ، التزاما مدنياً يشمل ، إلى جانب عنصر الوجوب ، عنصر المسئولية ، أى عنصر الجبر والإلزام .

١٦ — تكييف التعهد بأداء التزام طبيعى :

رأينا أن التعهد بأداء الالتزام الطبيعي يتضمن التزام مدنياً . ونريد أن نكيف هذا الحكم ، أى نرده إلى أصل قانونى .

وفى هذا المجال ، يوجد رأى قال به الفقه القديم ، مؤداه أن التعهد بوفاء التزام طبيعي يتضمن تجديداً لهذا الالتزام بآخر مدنى . وهذا الرأى منتقد فى الفقه الحديث . إذ أن التجديد يقوم على إحداث تغيير فى الالتزام ، بأن يستبدل به آخر يختلف عنه فى محله أو فى مصدره أو فى أحد طرفيه الدائن او المدين (المادة ٣٥٢) . أما فى حالتنا ، فلم يتناول التغيير إلا صفة الالتزام ، فقد أصبح مدنياً بعد أن كان طبيعياً . وفى غير ذلك فالالتزام باق على حاله ، محلا ومصدراً وأطرافاً . ثم إن تجديد الالتزام بتغيير الدين يتطلب موافقة الدائن والمدين ، فى حين أنه مسلم بأن التعهد بوفاء الالتزام الطبيعي يصح على اعتبار أنه يتضمن التزاما مدنياً ، بمجرد إظهار المدين رغبته فى قيامه ، دون حاجة لقبول يصدر من الدائن .

وأمام قعود هذا الرأى الأول عن تأصيل التعهد بوفاء الالتزام الطبيعى تأصيلا سليماً ، قام رأى ثان يقول بأن الالتزام الطبيعى يصلح سبباً للالتزام المدنى. وهذا هو الرأى الذى تبناه المشرع بصراحة فى المادة ٢٠٢ . ويبدو لنا منتقداً بدوره . إذ أن مؤداه أن يترتب على التعهد بوفاء الالتزام الطبيعى قيام التزام جديد يتميز بكونه مدنياً . والحقيقة أنه لا ينشأ فى حالتنا أى التزام جديد . فالالتزام القديم قائم . كل ما هنالك أن صفته قد تغيرت من التزام طبيعى إلى التزام مدنى ، فتعزز بذلك وتدعم . ولا يوجد ثمة ما يمنع من ذلك ، ما دام القانون يجيزه ويسوغه . وفى هذا يتشابه التعهد بأداء الالتزام الطبيعى مع إجازة التصرف القابل للإبطال . فالإجازة لا تنشىء التزاما جديداً صحيحاً يقوم الالتزام القابل للإبطال منه مقام السبب ، ولكنها تبقى على هذا الالتزام الأخير ، مطهرة إياه من عيبه ، مغيره صفته من التزام قابل للإبطال إلى التزام صحيح .

١٧ — يظهر مما سبق أنه يترتب على الالتزام الطبيعى الأثران الآتيان : (١) يعتبر أدوءه من المدين عن بينة واختيار وفاء به . (٢) تعهد المدين بأدائه مستقبلا يتضمن التزاما مدنياً .

وهذان هما الأثران الوحيدان اللذان يعترف بهما قانوننا المصرى . فلم يعد الالتزام الطبيعى ينتج تحت ظله غيرهما من الآثار التى كان يرتبها فى القانون الرومانى .

فلا يسوغ للدائن بالالتزام الطبيعى أن يتمسك بوقوع المقاصة القانونية بينه وبين التزام مدنى يثقل كاهله لصالح المدين بالتزام الطبيعى[1]. لأننا لو سلمنا له بهذه الرخصة ، لكان فى ذلك إجبار للمدين بالالتزام الطبيعى بأدائه

---

(١) ولكن لا يوجد بطبيعة الحال ثمة ما يمنع المدين بالالتزام الطبيعى من أن يطالب من القضاء تقرير وقوع المقاصة القضائية بين الدين الطبيعى الذى عليه والدين المدنى الذى له . إذ هو فى هذه الحالة يوفى اختياراً دينه الطبيعى مقابل زوال حقه المدنى .

عن طريق انقضاء الحق المدنى الذى له ؛ ولاجبر فى تنفيذ الالتزام الطبيعى ، حتى لو حصل بطريق غير مباشر .

ولا يصح كذلك ضمان الالتزام الطبيعى بالكفالة[1] ولا بالرهن ، ما بقى طبيعياً[2] .

(١) أنظر فى عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعى مؤلفنا التأمينات الشخصية والعينية ، نبذة ٤٩ .

(٢) وقد جاءت المادة ٢٧٨ من المشروع التمهيدى تصرح باستبعاد الأثرين اللذين بيناهما فى المتن ، وهما عدم جواز تمسك الدائن بوقوع المقاصة بين حقه الطبيعى وبين دينه المدنى وعدم صحة ضمان الالتزام الطبيعى بالكفالة وبالرهن . وهى فى ذلك تقول : « ١ — لايقاص التزام طبيعى فى التزام مدنى . ٢ — ولا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة شخصية أوعينية ما دام التزاماً طبيعياً » . وقد حذف هـذا النص فى لجنة المراجعة ، لأن مضمونه مجرد تطبيق للقواعد العامة فى المقاصة وفى الكفالة . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٢ ص ٥٠٢ .

الفصل الثانى

آثار الالتزام المدنى

١٨ — تتركز آثار الالتزام المدنى فى وجوب تنفيذه وفى مسئولية المدين عن هذا التنفيذ . فالمدين بالالتزام المدنى لا يرى الالتزام يثقل كاهله ويوجب عليه تنفيذه فحسب ، بل يرى نفسه أيضاً مسئولا عن هذا التنفيذ ، بمعنى أنه يسوغ للدائن إكراهه عليه ، بمعونة السلطة العامة . ويرجع ذلك إلى أن الالتزام المدنى يحوى عنصرى المديونية والمسئولية كليهما ، كما قدمنا[١]. وهو فى هذا الصدد يختلف عن الالتزام الطبيعى ، حيث لا جبر فى تنفيذه ، لاقتصاره على عنصر المديونية ، دون عنصر المسئولية ، كما سبق لنا البيان[٢] .

والأصل أن تنفيذ الالتزام يتم بأداء نفس موضوعه ، أى بالقيام بعين العمل الذى يجب على المدين أداؤه ، أو بالامتناع عن نفس العمل الذى يتحتم على المدين الاحجام عنه . وهذا هو التنفيذ العينى للالتزام . وفى بعض الأحيان يستعاض عن التنفيذ العينى للالتزام بأداء تعويض . ويطلق عادة على هذا الإجراء تنفيذ الالتزام بطريق التعويض أو التنفيذ بمقابل . وهكذا درج القانونيون على القول بأن تنفيذ الالتزام ينقسم ، من حيث طبيعته ، إلى تنفيذ عينى وتنفيذ بطريق التعويض أو تنفيذ بمقابل[٣] . وقد تبنت

---

(١) أنظر ما سبق ، نبذه ٤ .

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ١٠ وما بعدها .

(٣) وهذا التقسيم يبدو لنا غير منطق . فالتنفيذ الحق للالتزام لا يتصور أن يكون إلا بأداء نفس موضوعه . فإذا لم يؤد هذا الموضوع ، واستعيض عنه بأداء ما يقابله ، فالحال لا يخرج عن أحد فرضين : فإما أن يحصل أداء هذا المقابل باتفاق الدائن والمدين ؛ وهنا لا نكون بصدد تنفيذ الالتزام ، ولكن بصدد تجديده بالتزام آخر ثم تنفيذ هذا الالتزام الآخر . =

مجموعتنا المدنية هذا التقسيم . فبعد أن فرغت من بيان أحكام الالتزام الطبيعى ، عرضت لبيان آثار الالتزام المدنى فى فصلين ، خصصت أولهما للتنفيذ العينى ، وثانيهما للتنفيذ بطريق التعويض . ونحن نسير فى عرضنا آثار الالتزام على غرار مجموعتنا ، فنتكلم أولا فى التنفيذ العينى ، ثم نثنى بالتنفيذ بطريق التعويض . على أن استيفاء بيان آثار الالتزام يقتضى منا ، كما فعلت المجموعة تماماً ، أن نعقب بالوسائل التى تكفل للدائن تنفيذ الالتزام .

هكذا يرتسم أمامنا منهاج البحث فى آثار الالتزام : فنتكلم فى مبحث أول ، فى التنفيذ العينى ؛ ثم نتناول، فى مبحث ثان، التنفيذ بطريق التعويض ؛ ثم نختتم ، فى مبحث ثالث ، بالوسائل التى تكفل للدائن تنفيذ الالتزام .

المبحث الأول

التنفيذ العينى

١٩ — يقصد بالتنفيذ العينى للالتزام exécution en nature اداء نفس موضوعه ، بالطريقة المحددة له . فالتنفيذ العينى للالتزام بتسليم شىء معين يتم بتسليم هذا الشىء ، والتنفيذ العينى للالتزام بتشييد دار يحصل بإقامتها بمواصفاتها ، وهكذا ...

والتنفيذ العينى للالتزام هو الطريق الطبيعى لأدائه . بل إننا لو أردنا أن نتمشى مع المنطق الصارم للقانون ، لوجب أن نقول أن تنفيذ الالتزام لا يكون إلا عينياً ، إذ أن دفع التعويض عند عدم إجراء التنفيذ العينى

= وإما أن يحصل أداء مقابل الالتزام جبراً على المدين بسبب عدم تنفيذه أصل التزامه ؛ وهنا أيضاً لا نكون بصدد تنفيذ الالتزام ، بل على النقيض من ذلك ، نكون بصدد عدم تنفيذه وانشغال مسئولية المدين بسبب امتناعه عن هذا التنفيذ ؛ ففى هذا الفرض ، يدفع المدين التعويض لا على أساس أنه ينفذ الالتزام ، بل بسبب انشغال مسئوليته عنه لعدم قيامه بتنفيذه .

للالتزام ، أو ما يسمى بالتنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض ، لا يعتبر في الحقيقة تنفيذاً للالتزام ، ولكن مجرد جزاء يتحمل به المدين ، نتيجة شغل مسئوليته ، بسبب امتناعه عن تنفيذ التزامه[1] .

وتترتب على ذلك نتيجة بالغة الأهمية ، وهي أن التنفيذ العيني يقع بمثابة الشيء الذي يثبت للدائن اقتضاؤه بصفة أساسية ، ولا يصح التحول عنه إلى التعويض ، ما بقي ممكننا ، مالم يتفق الدائن والمدين على ذلك إن صراحة وإن ضمنا . فلا يسوغ للدائن أن يطلب من المدين أن يدفع له تعويضاً ، مادام المدين يعرض التنفيذ العيني الكامل لالتزامه[2]. ولا يسوغ ، من ناحية أخرى للمدين ، بغير موافقة الدائن ، أن يعرض ، لإبراء ذمته من الالتزام ، أن يدفع عنه التعويض المناسب ، مابقي التنفيذ العيني ممكناً ، في غير إرهاق ، أي عنت شديد له . فأداء الالتزام لا يمنح خياراً للدائن وحده ولا للمدين وحده في أن يتمسك بالتنفيذ العيني أو بالتعويض ، ايهما يراه له أنفع ، بل هو يقوم أساساً على الأمر الأول ، الذي لا يسوغ العدول عنه إلى الثاني بغير موافقة الطرفين كليهما ، إلا إذا كان هـــذا الأمر الأول غير ممكن ، أو في الأقل ، كان يتضمن إرهاقا للمدين من غير أن تحتمه مصلحة الدائن .

٢٠ — سبيل الوصول إلى التنفيذ العيني للالتزام

عرفنا أن التنفيذ العيني هو الصورة الطبيعية لأداء الالتزام ، وأنه لا يسوغ ، عند إمكان إجرائه ، أن يستعاض عنه بالتعويض بغير موافقة الدائن والمدين . ولكن كيف السبيل إلى الوصول إليه ؟

---

(١) أنظر ماسبق ، هامش ٣ ص٣٧ .

(٢) بل أنه يتحتم رفض طلب الدائن التعويض ، إذا لم يثبت تعذر حصوله على التنفيذ العيني للالتزام . وتمشياً مع هذه الفكرة ، قضت محكمة النقض برفض دعوى أقامتها إمرأة على زوجها ، وطالبت فيها الحكم عليه بقيمة منقولاتها ، على أساس أنها لم تثبت ضياعها أو تعذر الحصول عليها ، وأنه كان ينبغي عليها أن تطلب الحكم أساساً بتسليمها منقولاتها عيناً ، فإن تعذر ذلك ، كان لها أن تطلب الحكم لها بقيمتها (نقض مدني ١٢ يونيه سنة ١٩٥٢ ، مجموعة النقض س٣ رقم ١٨٧ ص ١١٨٧) .

يوجد ، للوصول إلى التنفيذ العيني للالتزام ، سبيلان : فهو إما أن يتم برضاء المدين واختياره ، وإما أن يتم جبرا عليه . وهكذا ينقسم التنفيذ العيني ، بالنسبة إلى طريقة حصوله ، إلى تنفيذ عيني اختياري وتنفيذ عيني جبري أوقهري . ولا صعوبة بالنسبة إلى النوع الأول ؛ لأنه يتم برضاء المدين واختياره ، كما قدمنا . أما النوع الثاني ، وهو التنفيذ القهري ، فيدق الأمر بعض الشيء بالنسبة إليه ؛ فلكونه يتم جبرا وقسرا على المدين ، فإن المشرع لا يسمح به في كل الحالات ، وإنما يعلق حصول على شروط معينة ؛ ونتناول هذه الشروط فيما يلي :

٣١ — شروط التنفيذ العيني القهري

تتناول المادة ٢٠٣ الشروط التي يجب توافرها ، حتى يتيسر للدائن الحصول على التنفيذ العيني للالتزام ، جبراً على المدين ؛ وهي في ذلك تقضي بأنه : « ١ — يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، متى كان ذلك ممكنا . ٢ — على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيما » .

ومن هذا النص يبين أنه يلزم ، لحصول الدائن على التنفيذ العيني لالتزامه جبراً على المدين ، توافر الشروط الآتية :

١ — يجب أن يكون التنفيذ العيني ممكناً . فإذا كان مستحيلا ، امتنع طلبه . وسواء في هذا أن تكون استحالة التنفيذ العيني راجعة إلى خطأ المدين ، أم إلى سبب أجنبي لا يد له فيه ؛ مع ذلك الفارق وهو أنه يسوغ للدائن ، في الحالة الأولى ، أن يقضي من المدين تعويضاً على أساس انشغال مسئوليته بسبب عدم وفائه بالالتزام ، في حين أنه لا يكون له ، في الحالة الثانية ، أن يرجع على المدين بشيء ما ، نظراً لانقضاء الالتزام بالكلية (المادة ٣٧٣) .

ومن الأمور التى يجب توافرها لاعتبار التنفيذ العينى ممكناً ، وجوب ألا يكون ، فى إجرائه جبرا على المدين ، أى اعتداء على حريته . ويترتب على ذلك أنه إذا تطلب أداء الالتزام تدخلا شخصياً من المدين ، كما هى الحال بالنسبة إلى التزام الرسام برسم صورة ، وإلى التزام المحاضر بإلقاء محاضرة ، وإلى التزام الممثل بالتمثيل فى رواية ، وأبى المدين أن ينفذ التزامه باختياره ، فإنه لا يسوغ إجباره على التنفيذ العينى . لأن مثل هـــذا الاجبار يتضمن بالضرورة اعتداء على حريته ، فضلا عن أنه يقع فى الغالب غير منتج فى وفاء الالتزام .

٢ — يجب ألا يكون فى إجراء التنفيذ العينى إرهاق للمدين . ولا يقصد هنا بالإرهاق مجرد العسر أو الضيق ، إنما يقصد به العنت البالغ الشديد . فإن كان من شأن إجراء التنفيذ العينى أن يسبب الإرهاق للمدين ، بالمعنى الذى حددناه ، كان لهذا الأخير ، كقاعدة عامة، أن يتفاداه بدفع التعويض النقدى المناسب.

بيد أن حق المدين فى الاستعاضة بالتعويض عن التنفيذ العينى ، إذا كان مرهقاً له ، ليس مطلقاً . إذ هو مقيد بشرط يجب توافره . ومؤدى هذا الشرط ألا يكون من شأن العدول عن التنفيذ العينى والاقتصار على التعويض دونه أن يلحق بالدائن ضرراً فادحا جسيما . فالقانون ، وإن راعى مصلحة المدين ، إذا كان التنفيذ العينى يسبب له العنت الشديد ، إلا أنه لا يضحى بمصلحة الدائن بصفة مطلقة ، فهو لا يضحى بهذه المصلحة إلا فى حدود الضرر البسيط دون الضرر الجسيم . وهكذا يلزم هنا إجراء الموازنة بين مصلحة المدين فى تجنب التنفيذ العينى ومصلحة الدائن فى اقتضائه . واذا ظهر على ضوء تلك الموازنة أن من شأن التنفيذ العينى أن يسبب للمدين العنت الشديد ، فى حين أن الاستعاضة عنه بالتعويض لا تحمل الدائن بضرر ما ، أو لا تحمله إلا بضرر يسير ، فى هذه الحالة ، يسوغ للمدين أن يدرأ عن نفسه التنفيذ العينى بعرضه دفع التعويض النقدى الذى يحدده القاضى . أما إذا كان من شأن العدول عن

التنفيذ العينى إلى التعويض أن يسبب للدائن ضرراً جسيما ، ما ساغ للمدين أن يطلبه ، ولزم أن نرجع إلى الأصل ، وهو ثبوت الحق للدائن فى اقتضاء التنفيذ العينى ، مهما ترتب عليـــه من ضرر للمدين . وتقدير ما اذا كان من شأن التنفيذ العينى أن يسبب الارهاق للمدين أو لا يسببه ، وما إذا كان فى الاستعاضة عنه بالتعويض إلحاق ضرر فادح بالدائن من عـــدمه ؛ هذا التقدير يدخل فى رحاب الوقائع ، ولقاضى الموضوع فيه القول الفصل .

ونلفت النظر إلى أن مجرد كون التنفيـذ العينى مرهقاً للمدين لا يحول دون إجرائه . فهو لا يعدو أن يمنح المدين رخصـة فى أن يدرأه عن نفسه فى مقابل التعويض النقـدى المناسب ، بشرط الا يترتب على ذلك ضرر جسيم للدائن . فيجب على المدين أن يتمسك بتلك الرخصـة . ولا يسوغ للقاضى أن يحكم بمضمونها من تلقاء نفسه . كما أنه لا يسوغ للدائن أن يتمسك بتلك الرخصة ويطلب الحـكم على المدين بالتعويض ، على أساس أن التنفيذ العينى مرهق للمدين ؛ إذ أن تلك الرخصة مقررة للمدين وحده .

ويلاحظ أن ثبوت الرخصة للمدين فى أن يدرأ عن نفسه التنفيذ العينى المرهق بالتعويض ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيما ؛ يلاحظ أن ثبوت تلك الرخصة للمدين لا يعدو أن يكون تطبيقاً لفـكرة الاستعمال غير المشروع للحق ؛ تلك الفـكرة التى تحظر اســتعمال الحق إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها (المادة ٥ ب) . فللدائن الحق فى اجراء التنفيذ العينى للالتزام . ولـكنه يعتبر أنه يتجاوز نطاق حقه هذا ، إذا صمم على إجراء التنفيذ العينى ، برغم أن المدين يعرض عليه ، فى مقابله ، التعويض النقدى المناسب ، وذلك فى الحالة التى يترتب فيها للمدين ، بسبب إجراء ذلك التنفيذ ، ضرر فادح ، لا يتناسب البتة مع النفع الذى يعود على الدائن بسبب استلزام حصوله .

ومن التطبيقات التشريعية للرخصة الثابتة للمدين فى أن يدرأ عن نفسه التنفيذ العينى المرهق بدفعه التعويض بالقيد الذى حددناه ، ما جاء فى المادة ١٠١٨ ، بصدد القيود التى تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه . فبعد أن قررت هذه المادة ، فى فقرتها الأولى ، اعتبار هذه القيود حقوق ارتفاق ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغيره ، جاءت فى فقرتها الثانية تقضي بأنه : « وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحها عينا ، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك » . فمخالفة قيود البناء ، سواء أكانت معتبرة حقوق ارتفاق أم مجرد التزامات شخصية ، لا تحتم بالضرورة الإزالة ، أى التنفيذ العينى . وإنما يسوغ للقاضى ، بناء على طلب صاحب البناء ، أن يقتصر على الحكم عليه بالتعويض ، إذا رأى لذلك مبرراً . وهو يجد هذا المبرر ، إذا رأى فى الإزالة عنتاً شديداً لصاحب العقار ، دون أن يكون من شأن درئها بالتعويض إلحاق ضرر جسيم بمن وقعت المخالفة إضراراً بحقه .

٣ — عرفنا أنه يلزم ، لحصول الدائن على التنفيذ العينى جبراً على المدين ، أن يكون هذا التنفيذ ممكنا ، وألا يترتب عليه إرهاق للمدين بالقيد الذى حددناه . ويلزم ، فضلا عن توافر هذين الشرطين ، شرط ثالث هو ، أن يقوم الدائن بإعذار المدين بوجوب قيامه بالتنفيذ العينى .

ومن السهل تبين علة استلزام الإعذار هنا . فلا يسوغ أن نلجأ إلى جبر المدين على التنفيذ ، الا بعد أن يثبت أنه قصر فى أدائه باختياره ، والإعذار هو الوسيلة القانونية لاثبات هذا التقصير عليه .

ونرجىء الكلام فى الإعذار إلى ما بعد . ويكفينا الآن أن نقول إنه لا يسوغ للدائن أن يلجأ إلى التنفيذ العينى الجبرى ، إلا بعد إعذار المدين بوجوب قيامه بتنفيذ الالتزام . ويترتب على ضرورة هذا الإعذار أنه إذا

بدأ الدائن برفع الدعوى على المدين بطلب التنفيذ العيني ، ثم جاء المدين فعرض قيامه به ، اعتبر الدائن متسرعاً فى دعواه ، ووجب تحميله مصروفات الدعوى . أما إذا تأخر المدين فى القيام بالتنفيذ برغم رفع الدعوى عليه به ، اعتبر مسئولا عن هذا التأخير وتحمل نتيجته ، إذ أن رفع الدعوى يعتبر فى ذاته إعذاراً ، كما سيجىء[1] .

٢٢ — كيف يحصل التنفيذ العينى للالتزامات المختلفة

بينا فيما سبق أن للدائن سبيلين فى اقتضاء التنفيذ العيني لالتزامه : التنفيذ الاختيارى الذى يقوم به المدين من تلقاء نفسه ، والتنفيذ الجبرى أو القهرى الذى يصل اليه الدائن قسراً عن المدين . ويهمنا الآن أن نعرض كيفية حصول التنفيذ العينى للالتزامات المختلفة ، وهذا ما نعمد إليه فيما يلى :

٢٣ — أولا : تنفيذ الالتزام بنقل أو بإنشاء الحق العينى

إذا كان موضوع الالتزام هو إنشاء أو نقل حق الملكية أو أى حق عينى آخر ، وبعبارة أخرى درج التقليديون على استعمالها ، إذا كان موضوع الالتزام هو إعطاء شىء معين ، فإن تنفيذه عيناً يختلف باختلاف طبيعة الشىء المراد إنشاء الحق عليه ، سواء أكان معيناً بذاته أم معيناً بنوعه ، وسواء أكان منقولا أم عقاراً ، وذلك على النحو التالى :

٢٤ — (أ) الالتزام بنقل أو إنشاء الحق العينى على منقول معين بالذات :

إذا كان موضوع الالتزام هو نقل أو إنشاء حق عينى على منقول معين بالذات ، فإن الحكم يختلف باختلاف ما إذا كان هذا المنقول مملوكا للمدين أو غير مملوك له . فإن كان الأمر الأول ، ما وجدت ثمة صعوبة ؛ إذ أن الالتزام هنا يتنفذ عيناً ، فور نشوئه ، ومن تلقاء نفسه ، دون حاجة إلى أى

(1) انظر ماسيجىء ، نبذة ٤٦

إجراء يقوم به المدين . وفى ذلك تقضى المادة ٢٠٤ بأنه : « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » .

مثال الحالة التى نحن بصددها أن يبيع شخص لآخر منقولا معيناً بذاته ، كسيارة معينة أو كتاب محدد ، حالة كونه يملك ما يبيع . وفى مثل هذه الحالة ، يتولد عن البيع التزام على البائع بنقل ملكية الشيء المبيع ، ثم يتنفذ هذا الالتزام ، فور نشوئه ، من تلقاء نفسه ، دون أن يتخذ البائع أى إجراء ما ، الأمر الذى يترتب عليه انتقال الملكية للدائن ، وهو هنا المشترى[1] .

أما إذا كان محل الالتزام بنقل الحق العينى هو منقول غير مملوك للمدين ، كما إذا باع شخص سيارة معينة لا يملكها ، فإن هذا الالتزام لا يمكن تنفيذه عيناً ، طالما أن الملكية باقية لغير المدين ، أى طالما أن هذا المدين لم يكتسبها . إذ أنه لا يمكن لفاقد الشيء أن يعطيه . وفى هذه الحالة ، لا مفر من أن يقتصر الدائن على التعويض ، ما لم يفضل التمسك ببطلان البيع ذاته .

٢٥ — (ب) **الالتزام بنقل أو إنشاء الحق العينى على منقول معين بالنوع** : إذا كان موضوع الالتزام هو نقل حق عينى على شيء مثلى ، أى على شيء لم يحدد بذاته ، وإنما ، حدد فقط بنوعه ، كما إذا بعتك عشرين

---

(١) ويلاحظ هنا أنه إذا باع شخص منقولا يملكه لآخر ، ثم باعه لمشتر ثان ، وتسلم هذا الأخير المنقول بحسن نية ، أى حالة كونه يجهل البيع الأول ؛ فى مثل هذه الحالة تخلص ملكية المنقول للمشترى الثانى . ولكن ليس معنى ذلك أن التزام البائع بنقل الملكية للمشترى الأول لم يتنفذ . فهو قد تنفذ بمجرد نشوئه ، وبعبارة أخرى بمجرد انعقاد البيع ، وانتقلت الملكية فعلا للمشترى الأول ؛ كل ما فى الأمر أن الملكية بعد انتقالها من البائع للمشترى الأول بمقتضى عقد البيع ، عادت وانتقلت من جديد من المشترى الأول إلى المشترى الثانى ، بمقتضى قاعدة الحيازة فى المنقول تكسب الحق .

قنطاراً من القطن دون أن أعين تلك الكمية ؛ فى هذه الحالة، لا ينفذ الالتزام فور نشوئه . إذ مؤدى تنفيذه أن تنتقل الملكية من المدين إلى الدائن . ولا يمكن أن يتم هذا الانتقال ، ما دام الشيء المبيع لم يحدد ، لسبب بسيط ، وهو أن الحق العيني لا ينشأ على شيء إلا إذا كان معينا بذاته ؛ ومن ثم لزم ، لتنفيذ الالتزام ، أن يتعين الشيء بذاته ؛ والسبيل إلى هذا التعيين هو الإفراز .

وعلى هذا فإن الالتزام بنقل حق عيني على منقول معين بنوعه يتضمن التزاماً بإفرازه فإذا قام المدين بإفراز الشيء طواعية واختياراً ، أو تم هذا الإفراز جبراً عليه فى الحالة التى يمكن فيها الوصول إليه بغير تدخله[1] ، يصبح المنقول محدداً بذاته ، وبالتالى ينفذ الالتزام بنقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية ، فور تمام الإفراز .

أما إذا لم يقم المدين بالإفراز ، ولم يستطع الدائن الوصول إليه جبراً عليه ، كان للدائن فى سبيل استيفاء حقه ، أن يلجأ إلى أحد الأمرين التاليين ، أيهما يراه أوفق لمصلحته .

١ — فله أن يحصل على نفقة المدين ، بعد القيام بإعذاره ، على شيء من ذات النوع المتعاقد عليه ، يتفق معه فى صنفه وفى مقداره ؛ وبذلك يصل إلى التنفيذ العيني لالتزامه .

والأصل أنه يجب على الدائن هنا أن يستأذن القاضى ، بدعوى يرفعها إليه ، يطلب منه فيها السماح له بالحصول ، على نفقة مدينه ، على الشيء المطلوب . ولكن هذا الاستئذان يصبح غير ضرورى فى حالة الاستعجال ، أى فى الحالة التى يترتب فيها للدائن ضرر كبير من جراء تأخره فى استيفاء حقه . والدائن هو الذى يقدر حالة الاستعجال هذه ، مع خضوع تقديره لرقابة القاضى .

---

(١) ومثال هذه الحالة أن يبيع شخص مقداراً معلوماً من قمح أو قطن لا زال موجوداً فى مكان يسهل الوصول إليه بغير تدخل البائع ، كما لو كان فى شونة أحد البنوك أو فى الحقل .

فإن رأى القاضي أنه لم يكن ثمة داع للتعجل ، وأن التغاضي عن استئذان القضاء لم يكن له بالتالي ما يبرره ، كان له أن يقتطع من المبالغ التي أنفقها الدائن في سبيل الحصول على الشيء والتي يطالب بها المدين ، ما يدفع عن هذا الأخير الخسارة التي من شأن تسرع الدائن أن يحمله بها .

٢ — والأمر الثاني الذي يجوز للدائن أن يلجأ إليه ، هو أن يطالب المدين بقيمة الشيء . وفي هذه الحالة يستعيض الدائن عن التنفيذ العيني بالتنفيذ بمقابل .

هذان هما الأمران اللذان يثبت للدائن الخيار بينهما ، إذا لم يقم المدين بإفراز الشيء الذي التزم بنقل ملكيته . فإما أن يحصل ، على نفقة المدين ، على شيء من النوع ذاته متفق في الصنف والمقدار ، وإما أن يطالب المدين بقيمة هذا الشيء وسواء اتبع الدائن هذا السبيل أم ذاك ، يكون له فضلا عنه ، أن يطالب المدين بالتعويض عن كل تأخير في وفائه بالالتزام يجيء بعد إعذاره . وقد ركزت المادة ٢٠٥ هذه الأحكام بقولها : « ١ — إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز الشيء . ٢ — فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض » .

٢٦ — (ح) الالتزام بنقل أو إنشاء الحق العيني على عقار : تختلف العقارات ، بالنسبة إلى ترتيب الحقوق العينية عليها بمقتضى التصرف القانوني ، اختلافا أساسيا عن المنقولات ، من حيث ضرورة شهر هذا التصرف ، بالتسجيل أو القيد على حسب الأحوال . فإذا باع شخص ، مثلا ، عقاره لآخر والتزم بذلك بأن ينقل إليه ملكيته ، فإن هذا الالتزام لا يتنفذ عيناً فور تمام البيع ، وإنما يلزم لذلك إجراء التسجيل .

وإذا كان إجراء التسجيل يقع على عاتق المتصرف إليه (أى الدائن بنقل الملكية) فإنه لا يستطيع إنجازه ، فى الغالب من الحالات ، بغير قيام المتصرف (أى المدين بنقل الملكية) ببعض الأفعال ، كأن يذهب لمكتب التوثيق للتصديق على توقيعه ، إن كان العقد عرفيا ، وكأن يقدم مستندات الملكية . ولذلك فإن الالتزام بنقل ملكية العقار أو أى حق عينى آخر عليه يتضمن بذاته الالتزام بإجراء ما يلزم من جانب المدين لتمكين الدائن من إجراء الشهر . فإن لم يقم المدين بما يتحتم عليه لتيسير إنجاز الشهر ، كان للدائن أن يصل إلى التنفيذ العينى ، عن طريق الالتجاء إلى القضاء ، برفع دعوى صحة و نفاذ التصرف ، حتى إذا ماصدر الحكم فى هذه الدعوى لصالحه ، استطاع شهره ، ووصل بذلك إلى الحصول على الملكية أو على غيرها من الحقوق العينية . وهذه هى إحدى الحالات التى يقوم فيها حكم القاضى مقام التنفيذ العينى ، تطبيقاً لما جاء فى المادة ٢١٠ من أنه : « فى الالتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » .

٢٧ — ثانيا : تنفيذ الالتزام بالتسليم

الالتزام بتسليم شىء هو التزام بعمل ، يقتضى أداؤه أن يضع المدين الشىء تحت تصرف الدائن ، بحيث يتمكن هذا من حيازته والإفادة به بدون عائق . ويستطيع الدائن أن يصل إلى التنفيذ العينى لهذا الالتزام جبرا على المدين ، إذا كان من الممكن أن يوضع الشىء بين يديه ، بدون تدخل المدين ، كما لو كان الشىء عقاراً أو منقولا ظاهرا لم يقم المدين بإخفائه . أما إذا تعذر التنفيذ العينى ، بسبب لزوم تدخل المدين لإجرائه ، فإن الدائن يرى نفسه مضطراً لأن يكتفى بطلب الحكم له بالتعويض .

ويلاحظ أن الالتزام بالتسليم قد يجىء تبعاً لالتزام آخر ، كما أنه قد يتقرر فى ذمة المدين استقلالا . فالالتزام بنقل الملكية ، مثلا ، يتضمن بذاته التزاماً بتسليم الشىء . وكذلك الحال بالنسبة إلى الالتزام بإنجاز عمل معين ،

صنع تمثال أو رسم صورة أو تشييد بناء ، مثلا (المادة ٢٠٧/١). أما الالتزام بالتسليم الذى يتقرر استقلالا ، فمثاله التزام المستأجر بتسليم العين المؤجرة بعد انتهاء الايجار ، والتزام الوديع برد الوديعة ، والتزام المستعير برد الشيء المعار .

ومن الأمور التى تثور ، بصدد الالتزام بالتسليم ، تحديد الشخص الذى يتحمل تبعة هلاك الشيء . فإذا هلك الشيء قبل تنفيذ الالتزام بتسليمه ، إذا هلك المبيع ، مثلا ، قبل أن يقوم البائع ، مثلا ، بتسليمه للمشترى ، فعلى من تقع تبعة الهلاك ؛ أتقع على المدين بالتسليم ، أم على الدائن به ؟

لا صعوبة فى الأمر إذا وقع الهلاك أو التلف بخطأ المدين ، كما إذا أهمل المحافظة عليه ؛ إذ هو يتحمل تبعة الهلاك هنا ، تطبيقاً للقواعد العامة .

ولكن الأمر يدق بعض الشيء فى حالة الهلاك بقوة قاهرة ، زلزال أو فيضان أو انفجار قنبلة ، مثلا . والأصل العام فى هذه الحالة أن تبعة الهلاك تقع على الدائن ، كما هى الحال بالنسبة للالتزام بالتسليم الواقع على المستأجر والمستفيد والمودع عنده والوكيل ، حيث تقع تبعة الهلاك على المؤجر أو المعير أو المودع أو الموكل . ولكن فى بعض الأحوال الخاصة ، يجعل القانون تبعة الهلاك على المدين بالتسليم ، كما هى الحال بالنسبة لالتزام البائع بتسليم المبيع (المادة ٤٣٧) ، والتزام الشريك بتسليم حصته فى رأس مال الشركة (المادة ٥١١) .

وسواء أكانت تبعة الهلاك فى الأصل على الدائن بالتسليم أم على المدين به ، فإن تلك التبعة ، كقاعدة عامة ، تثقل كاهل المدين إذا تأخر ، بعد إعذاره ، عن تسليم الشيء للدائن . وقد أقام المشرع هذا الحكم على قرينة مؤداها أن تأخير قيام المدين بتسليم الشيء بعد إعذاره هو السبب فى أن القوة القاهرة قد لحقته ، وأن هذه القوة القاهرة ما كانت لتصيب الشيء بالضرر ، لو أنه سلم للدائن . بيد أن هذه القرينة هى قرينة بسيطة ، يستطيع المدين أن يهدمها ،

ويحول بالتالى دون انتقال تبعة الهلاك إليه ، إذا كانت من قبل تنقل الدائن ، إذا أقام الدليل على أن الشيء كان ليهلك حتى لو كان قد تسلم بالفعل للدائن ، كما لو كان الشيء الذى التزام المدين بتسليمه قد هلك بسبب فيضان أغرق منزل المدين وأغرق فى نفس الوقت منزل الدائن الذى كان ليضع فيه الشيء لو أنه تسلمه .

وكل ما قلناه بصدد تبعة هلاك الشيء الذى يقوم عليه الالتزام بالتسليم لا يسرى بالنسبة إلى التزام السارق بتسليم الشيء المسروق لصاحبه . فقد حمل القانون السارق تبعة هلاك المسروق أو تلفه أو ضياعه فى كل الأحوال ، أى سواء أحصل الهلاك أو التلف أو الضياع بخطئه أم بقوة قاهرة ، وسواء أحصل بعد إعذاره بالتسليم أم قبل ذلك ، وسواء أ كان الشيء قد هلك أو ضاع بسبب عدم تسليمه لصاحبه ، أم أنه كان ليهلك أو يضيع ، حتى لو أنه سلم إليه . فى كل هذه الأحوال يتحمل السارق تبعة هلاك أو ضياع الشيء المسروق . وقد حمله القانون بها جزاء له على جرمه .

هـذه هى أحكام تبعة هلاك الشيء الذى يقوم عليه الالتزام بالتسليم . وقد ركزها المشرع فى المـادة ٢٠٧ التى تقضى بأنه : « ١ — إذا التزام المدين أن ينقل حقاً عيناً أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يقم بتسليمه بعـد أن أعذر ، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن . ٢ — ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ، ولو أعذر ، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة . ٣ — على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت فإن تبعة الهلاك تقع على السارق » .

٣٨ — ثالثاً : تنفيذ الالتزام بعمل

تكلمنا فيما سبق فى كيفية تنفيذ الالتزام بنقل الحق العينى والالتزام بالتسليم . وهذان الالتزامان لا يعدوان فى الواقع أن يكونا التزامين بعمل. ولكننا أفردنا لكل منهما بحثاً خاصا ، بسبب أهميتهما العملية وتميز كل منهما ببعض الأحكام التى تحتاج إلى إظهار . ونتناول الآن كيفية تنفيذ الالتزام بعمل على وجه التعميم والشمول .

والالتزامات التي تقوم على أداء الدين عملا معيناً لا تتناهى . وهى تختلف فى تنفيذها باختلاف طبيعية العمل . ونحن لا نستهدف هنا إلا إظهار القواعد العامة التى تحكم ذاك التنفيذ .

وتنقسم الالتزامات بعمل ، بحسب الغاية التى تستهدفها ، إلى نوعين أساسين : التزام بغاية أو بالوصول إلى نتيجة ، والتزام بوسيلة أو ببذل عناية . ويقصد بالنوع الأول الالتزام الذى يستهدف إنجاز عمل معين كالتزام المقاول ببناء الدار ، والتزام الرسام بعمل صورة ، والتزام المحامى برفع استئناف عن حكم . أما النوع الثانى ، وهو الالتزام بوسيلة ، فلا يطلب من المدين به أكثر من بذل عناية محددة ، وذلك فى سبيل الوصول إلى غرض معلوم لصلح الدائن ، دون أن يلتزم بتحقيق هذا الغرض ، كالتزام الطبيب بعلاج مريضه ، وكالتزام المحامى بالدفاع عن موكله ، وكالالتزام بإدارة شىء أو بالمحافظة عليه .

ويختلف تنفيذ الالتزام بالضرورة ، باختلاف ما إذا كان التزاماً بنتيجة أم التزاماً ببذل عناية .

فإذا كان الالتزام من النوع الأول ، فإنه لا يعتبر أنه قد تنفذ إلا بتحقيق الأمر المطلوب، تشييد الدار بمواصفاتها أو رسم الصورة أورفع الاستئناف ، فى الأمثلة التى سبق ذكرها .

أما إذا كان الالتزام من النوع الثانى ، فإنه يعتبر أنه قد تنفذ إذا بذل المدين ، فى سبيل الغاية المقصودة من الالتزام ، القدر الكافى من العناية ، حتى لو لم تتحقق تلك الغاية . فالطبيب ، مثلا ، لا يلتزم ألا ببذل العناية فى علاج مريضه فى سبيل تحقيق الشفاء له ؛ ويعتبر التزامه هذا أنه قد تنفذ ، إذا ثبت أنه باشر فى العلاج القدر المطلوب من العناية ، حتى لو لم يقدر للمريض الشفاء . والقاعدة أن القدر اللازم من العناية يتحدد بمدى ما يبذله منها ، فى نفس الظروف ، الشخص المعتاد ، أى الشخص الذى يبذل من العناية فى رعايته الأمور ما يبذله سواد الناس وجمهرتهم . وقد يختلف القدر اللازم من العناية عما يبذله الرجل المعتاد ، زيادة أو نقصانا ، إذا نص القانون[1] أو قضى الاتفاق بذلك ، مع ملاحظة أن المدين يبقى دائماً مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم ، حتى إذا تضمن الاتفاق إعفاءه من المسئولية فى هذه الحالة (المادة ٢١١) .

وأياً ما كان نوع الالتزام بعمل ، فإن تنفيذه يقع جائزاً ، حتى لو حصل من غير المدين ، ما لم ينص الاتفاق على وجوب قيام المدين بنفسه بأداء العمل ، أو كان من شأن طبيعة الالتزام أن تستوجب ذلك ، كما هى الحال بالنسبة إلى التزام رسام معين بعمل صورة ، والالتزام بالعلاج من طبيب روعيت كفاءته الشخصية . وإذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين (المادة ٢٠٨) ، كما يجوز له أن يقبله منه .

(١) فقد ينص القانون على قدر أكبر من العناية التى يبذلها الرجل المعتاد ؛ ومثال ذلك ما يقضى به ، بصدد التزام المستعير بالمحافظة على الشىء المعار ، من أنه يجب على المستعير أن يبذل فى المحافظة على الشىء العناية التى يبذلها فى المحافظة على ماله ، دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد (المادة ٦٤١) . وقد ينص القانون على عناية أقل من عناية الرجل المعتاد ؛ ومثال ذلك ما يقضى به بصدد التزام الوكيل بلا أجر فى تنفيذ الوكالة ، حيث لا يتطلب منه أن يبذل فى هذا التنفيذ أكثر من العناية التى يبذلها فى رعاية شئونه الخاصة ، دون أن يكلف فى ذلك بأزيد من عناية الرجل المعتاد (المادة ٧٠٤) ؛ ويسرى نفس الحكم بالنسبة إلى التزام المودع عنده بالمحافظة على الشىء ، إذا كانت الوديعة بغير أجر (المادة ٧٠٢) .

وإذا لم يقم المدين بتنفيذ العمل الذى يقوم عليه التزامه ، وكان من الممكن أداء هذا العمل بغير تدخله الشخصى ، ساغ للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء فى أداء هذا العمل على نفقة المدين ، بل أن له أن يستغنى عن هذا الترخيص فى حالة الاستعجال (المادة ٢٠٩) .

٢٩ — رابعاً : تنفيذ الالتزام بالامتناع عن عمل

كثيراً ما يكون موضوع الالتزام هو وجوب امتناع المدين ، لصالح الدائن ، عن عمل معين ، كان يستطيع إتيانه لولا الالتزام . ومثال هذه الحالة التزام بائع المتجر بعـــدم فتح متجر آخر مماثل فى نفس الحى ، حتى لا ينافس به المشترى فى تجارته ، والتزام شخص بعدم البناء فى أرضه متجاوزاً حداً معيناً فى الارتفاع أو فى رقعة البناء ، والتزام الطبيب أو المحامى بعـدم إفشاء سر المهنة ، والتزام المستأجر بعدم إجراء تغيير فى العين المؤجرة بغير إذن المؤجر إذا كان من شأنه أن يحدث ضرراً لهـذا الأخير (المادة ٥٨٠) ، والتزام الشخص بألا يغلو فى استعمال ملـكه إلى الحد الذى يلحق بالجار ضرراً غير مألوف (المادة ٨٠٧) .

ويعتبر الالتزام بالامتناع عن عمل متنفذا عيناً ، طالما أن المدين لا يقوم بالعمل الممتنع عليه . فإذا قام بهذا العمل ، كان مخلا بالتزامه . وفى هذه الحالة يلتزم بتعويض الدائن عن الضرر الناجم له من جراء هذا الإخلال .

وكما أن الأصل فى تنفيذ الالتزام أن يتم عيناً ، فإن الأصل فى التعويض عند الإخـــلال به ، أن يكون عينياً أيضاً . ويكون التعويض العينى ، عند الإخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل ، بإزالة ما وقع مخالفاً له . فإذا أقام المالك ، مثلا فى أرضه جداراً عالياً من شأنه أن يحجب الهواء والضوء والنظر عن ملك جاره ، مخالفاً بذلك التزامه بعدم الغلو فى استعمال ملـكه إلى الحد الذى يلحق بجاره ضرراً فادحا غير مألوف ، كان لهذا الجار أن يطلب إزالة الجدار ، ويتحقق له بتلك الإزالة تعويضه تعويضاً عينياً .

ويلزم للحكم بالتعويض العينى ، كما يلزم تماما بالنسبة إلى التنفيذ العينى ، أن تكون إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام ممكنة وألا يترتب عليها إرهاق المدين، فى الحالة التى يمكن فيها الاستعاضة عنها بالتعويض بغير إلحاق ضرر جسيم بالدائن . فإذا كان التعويض العينى غير ممكن ، كما إذا أفشى الطبيب أو المحامى سر المهنة ، أقتصر حق الدائن على حصوله على التعويض النقدى . ويسرى نفس الحكم إذا كان التعويض العينى بإزالة الشىء الذى أجرى مخالفاً للالتزام بالامتناع عنه ، ممكناً ، ولكن كان من شأنه أن يترتب عليه إرهاق كبير للمدين، دون أن يحتمه درء الضرر الفادح عن الدائن . ومثال هذه الحالة الأخيرة أن يقوم شخص ببناء مصنع ضخم فى حى مخصص لسكنى العلية من الناس ، مخالفاً بذلك التزاما يفرضه القانون عليه بالامتناع عن الغلو فى استعمال ملكه إلى الحد الذى يلحق بالجيران ضرراً فادحا غير مألوف ؛ فهنا تقع الإزالة ممكنة مادياً ، ولكن من شأن إجرائها إلحاق عنت بالغ شديد بصاحب المصنع ، فى حين أنه يسوغ الاستعاضة عنها بدفع تعويض نقدى للجيران من غير أن يلحقهم ضرر جسيم ، ولذلك يجوز للقاضى ألا يحكم بإزالة المصنع ، ويقتصر حق الجار المتأذى على التعويض النقدى .

وإذا كانت إزالة الأمر الذى وقع مخالفاً للالتزام بالامتناع عن عمل ممكنة بغير إرهاق للمدين ، ولم يجرها هذا الأخير ، ساغ للدائن أن يقوم بها على نفقة المدين ، أى أن يجريها بمصروفات من عنده ، ثم يرجع بهذه المصروفات على المدين ، وذلك دون إخلال بحقه فى التعويض النقدى عن الضرر الذى حدث له من جراء الإخلال بالالتزام . على أنه لا يسوغ للدائن أن يقوم بالإزالة على نفقة المدين ، إلا بعد الترخيص له من القضاء بذلك ، عن طريق دعوى يرفعها إليه (المادة ٢١٢). ويسرى نفس الحكم حتى فى حالة الاستعجال ، بخلاف ما رأيناه عند إجراء التنفيذ العينى للالتزام بنقل حق عينى على منقول معين بالنوع ، وللالتزام بالعمل عموما . والسبب فى ضرورة إذن القضاء ، حتى فى حالة الاستعجال ، لقيام الدائن بإزالة ما وقع من المدين إخلالا بالتزامه .

بالامتناع عنه، أن تلك الإزالة تتضمن شيئاً من العنف، فأراد المشرع ألا يترك أمر الالتجاء إليها لتقدير الدائن[1].

٣٠ — تنفيذ الالتزام بحسن نية

بينا فيما سبق كيفية تنفيذ الالتزامات المختلفة. وأياً ما كان نوع الالتزامات أو طبيعتها أو مصدرها، فإنها تخضع جميعها لمبدأ أساسي واحد، وهو وجوب تنفيذها بحسن نية. ويقصد بحسن النية هنا كل ما يستوجبه شرف التعامل ونزاهته، وفقاً للعرف والعدالة، وبحسب طبيعة الالتزام. وقد تضمنت المادة ١٤٨/١ هذا الحكم بالنسبة إلى الالتزامات الناشئة من العقد بقولها: « ١ — يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ». ومن المسلم أن هذا المبدأ يسرى ايضا على جميع الالتزامات الاخرى.

وحسن النية في تنفيذ الالتزام متطلب من المدين والدائن على السواء. فيجب على كل منهما أن يحجم عما يتنافى مع شرف التعامل ونزاهته، وأن يتعاونا في سبيل إتمام هذا التنفيذ بأقل كلفة على المدين وبأكثر نفع للدائن.

٣١ — وسائل اكراه المدين على التنفيذ العيني

بينا فيما سبق كيفية تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً. ويظهر مما عرضناه في هذا الصدد أنه يتعذر على الدائن الوصول إلى هذا التنفيذ في بعض الأحوال، لا سيما إذا كان تدخل المدين الشخصي لازماً لإجرائه ولم يقدمه. وإذا كان الدائن يستطيع في هذه الحالة أن يستعيض عن التنفيذ العيني بالتعويض،

---

(١) كان المشروع التمهيدي، في المادة ٢٨٩ منه يسمح للدائن، في حالة الاستعجال، بأن يزيل بنفسه ما وقع مخالفاً للالتزام بالامتناع عن عمل، بدون حاجة إلى ترخيص من القضاء ولكن هذا الحكم حذف في لجنة المراجعة، نظراً لأنه قد يترتب عليه اضطراب يحسن تجنبه (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ٢ ص٥٣٤ وما بعدها).

إلا أن مصلحتــه قد تقتضى أن يتم هذا التنفيــذ العينى . من أجل ذلك يقرر القانون بعض الوسائل لإكراه المدين على القيام به ، مادام ذلك ممكناً .

وقد كان القانون الرومانى يمنح الدائن وسيلة عنيفة لإكراه المدين على الوفاء بالتزامه . وهذه هى وسيلة الاكراه البدنى . وقد مكن لتلك الوسيلة عند الرومان أن المدين فى شريعتهم كان يسأل عن دينه ، لا فى ماله فحسب ، بل فى شخصه أيضاً . وكان من شأن هذا النظام أن ثبتت للدائن على شخص مدينه سلطة بلغت ،فى العصور الأولى من عهد القانون الرومانى ، من القسوة حداً مروعا . فقد كان يسوغ للدائن أن يسترق مدينه المماطل ، بل كان له فى بعض الأحيان أن يقتــله ويقتسم أشلاءه مع غيره من الدائنين . ومع سير الزمن ، تخففت قسوة الاكراه البدنى فى القانون الرومانى ، فاقتصر حق الدائن، عند عدم وفاء مدينه بالتزامه ، على طلب وضعه فى السجن ، بشرط أن يقدم نفقات حبسه .

وانتقل نظام الاكراه البدنى Contrainte par Corps فى شكله المخفف إلى مجموعة نابليون ، التى أجازت حبس المدين عند عدم الوفاء ببعض الالتزامات التى حددتها . ولـكن هذا النظام ألغى فى فرنسا ، بالنسبة إلى الديون المدنية والتجارية ، بقانون ٢٣ يوليه سنة ١٨٦٧ . ولم يعد مسموحا به فيها إلا فى المواد الجنائية .

والقانون المصرى ، شأنه فى هذا شأن غيره من القوانين العصرية ، يحرم كمبدأ عام ، الإكراه البدنى ، نظراً لما ينطوى عليــه من قسوة بالغة لا تتفق وروح العصر . فهو لا يجيزه إلا فى المواد الجنائية[1] ، ولاستيفــاء بعض

---

(١) فالاكراه البدنى عن طريق الحبس جائز فى المواد الجنائية ، بالنسبة إلى المبالغ المحكوم بها والناشئة عن الجريمة ، لاسيما مبالغ الغرامة والمصروفات والرد والتعويضات للحكومة ، بشرط ألا تقل سن المحكوم عليه عند ارتكاب الجريمة عن ١٥ سنة ،وإلا يوقف تنفيذ الحكم. ومن شأن حبس المحكوم عليه أن تبرأ ذمته من الغرامة وحدها ، دون مبالغ المصروفات =

الديون المترتبة ، فى نطاق الأحوال الشخصية ، وهى ديون النفقة وأجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن[٢] .

وإذا استبعد قانوننا المصرى ، كمبدأ عام ، فكرة الاكراه البدنى كوسيلة للضغط على المدين وحمله على وفاء الالتزام ، فإنه لجأ ، فى هـذا السبيل ، إلى وسيلة أخرى ، تتفق وروح العصر ، لأنها تقوم على تهديد المدين، لا بأذى يلحق شخصه ، ولكن بدفع جزء من ماله ، وهذه هى وسيلة التهديد المالى أو الغرامة التهديدية ، كما يشيع نعتها . ونتناول بالتفصيل أحكام هذا النظام وذلك فيما يلى :

٣٢ — التهديد المالى أو الغرامة التهديدية

التهديد المالى أو الغرامة التهديدية Les astreintes وسيلة غير مباشرة ، تستهدف الضغط على المدين عن طريق الحكم عليه بمبلغ من المال ، لحمله على القيام بالتنفيذ العينى لالتزامه ، إذا كان هـذا التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به بنفسه . ولم ينص القانون الفرنسى ولا قانوننا المصرى القديم على هذه الوسيلة . ولكن القضاء ابتدعها تحت ظلهما . وجاء قانوننا

= والرد والتعويضات ،وذلك على أساس عشرة قروش عن كل يوم (أنظر فى كل هذا المادة ٥١١ وما بعدها من قانون الإجراءات الجنائيـة) . وكذلك يجوز الاكراه البدنى للضغط على مرتكب الجريمة وحمله على دفع التعويض المدنى الذى يحكم به للمجنى عليه ،إذا ثبت للمحكمة الجنائية اقتداره ، وأمرته بالدفع فلم يمتثل . فى هذه الحالة ، يجوز للمحكمة الجنائية أن تأمر بحبس المحكوم عليه ، حتى يوفى التزامه ، بشرط ألا تزيد مدة حبسه على ثلاثة أشهر (أنظر المادة ٥١٩ من قانون الإجراءات الجنائية) .

(٢) وفى ذلك تقضى المادة ٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بأنه : « إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات أو فى أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التى بدائرتها محل التنفيذ ، ومتى ثبت لديهـا أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به وأمرته ولم يمتثل ، حكمت بحبسه ، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً . أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به ، أو أحضر كفيلا ، فإنه يخلى سبيله وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق العادية » .

الحالى فتضمن النص عليها ، دون أن يفعل فى ذلك أكثر من أن يقنن ما جرى عليه القضاء من قبل .

والتهديد المالى أو الغرامة التهديدية أو الغرامة المالية ، كما تسمى أحياناً ، نظام مؤداه أن يحكم القاضى ، عندما يظهر له عناد المدين فى عدم إجراء التنفيذ العينى برغم إلزامه به قضاء ، بأن يدفع للدائن مبلغاً من المال عن كل فترة زمنية يتأخر فيها عن أدائه ، كساعة أو يوم أو أسبوع أو شهر ، أو عن كل مرة يقع فيها الاخلال بالالتزام ، وذلك على سبيل للضغط عليه وحمله على القيام بالتنفيذ العينى .

والغرامة التهديدية لا تكون إلا بحكم يصدر من القضاء . فهى لا تجىء عن طريق الاتفاق . فإذا اتفق الدائن والمدين على أن يدفع هذا الأخير مبلغاً من المال عند عدم وفائه بالالتزامه ، ما كنا بصدد غرامة تهديدية ، ولكن بصدد شرط جزائى ، أى تعويض اتفاقى ، ويسرى حكمه الذى سنبنيه فى حينه .

ونتناول نظام الغرامة التهديدية ، مبينين شروط الحكم بها ، وخصائص هذا الحكم وأثره ، وذلك فيما يلى :

٣٣ — شروط الحكم بالغرامة التهديدية

تبين المادة ٢١٣ الشروط الواجب توافرها ، لكى يستطيع القاضى الحكم على المدين بالغرامة التهديدية . وهى فى ذلك تقضى بأنه : ١ — إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك . ٢ — وإذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة » .

وهكذا يلزم ، للحكم بالغرامة التهديدية ، توافر الشروط الآتية :

١ — يجب أن يكون هناك التزام يثقل كاهل المدين . فإن لم يكن ثمة التزام ما ساغ الحكم بالغرامة التهديدية . فلا يجوز الالتجاء إلى الغرامة التهديدية لحمل المدين على الحضور إلى المحكمة ؛ لأنه لا يوجد التزام أم قانونى عليه بذلك ؛ وإنما تتبع هنا الأحكام التى يقضى بها ، فى هذا الصدد ، قانون المرافعات . ولا يجوز كذلك الالتجاء إلى الغرامة التهديدية لحمل شخص على ذكر أسماء من اشتركوا معه فى ارتكاب جريمة ؛ لأن القانون لا يلزمه بهذا الفعل . ويجب أن يكون الالتزام مدنياً . فالتهديد المالى لا يسوغ لحمل المدين بالتزام طبيعى على وفائه . فهو وسيلة غير مباشرة لجبر المدين على القيام بتنفيذ التزامه ؛ والالتزام الطبيعى لا جبر فى تنفيذه .

٢ — يجب أن يكون التنفيذ العينى ممكنا فى ذاته ، أى بغض النظر عن تدخل المدين الشخصى لأدائه . وهذا شرط بديهى . إذ أن الغرامة التهديدية لا تعدو أن تكون وسيلة لحمل المدين على القيام بنفسه بالتنفيذ العينى . فإن كان هذا التنفيذ مستحيلا ، أصبحت الغرامة التهديدية غير ذات موضوع ؛ فلا تقوم . ويسرى هذا الحكم ، حتى لو كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ المدين ؛ ففى هذه الحالة يقتصر حق الدائن على التعويض النقدى . أما إذا كانت استحالة التنفيذ العينى للالتزام راجعة إلى سبب أجنبى لا يد للمدين فيه ، فتكون الغرامة التهديدية غير ذات موضوع من باب أولى ، لانقضاء الالتزام أصلا .

٣ — والشرط الثالث الذى يجب توافره للحكم بالغرامه التهديدية هو أن يقتضى التنفيذ العينى للالتزام التدخل الشخصى للمدين ، لإمكان حصوله ، أو فى الأقل لوقوعه ملاءماً للدائن . فالغرامة التهديدية وسيلة للضغط على المدين وإكراهه على أن يقوم بنفسه بتنفيذ التزامه . فإن كان من المتيسر الوصول إلى هذا التنفيذ جبرا عليه بغير تدخله ، من غير أن يلحق الدائن ضرر ، ما كان للغرامة التهديدية مبرر .

وعلى هذا لايسوغ الحكم بالغرامة التهديدية على المدين بمبلغ من النقود؛ لأن التنفيذ العينى لهذا الالتزام ممكن بغير تدخل المدين، عن طريق الحجز على أمواله وبيعها واستيفاء الدين من ثمنها. وكذلك لايسوغ الحكم بالغرامة التهديدية على بائع العقار لحمله على التصديق على إمضائه على البيع العرفى لتيسير تسجيله، إذا أن للمشترى وسيلة أخرى يستطيع بها الاستغناء عن تصديقه؛ وهذه الوسيلة هى رفع دعوى صحة ونفاذ البيع ثم تسجيل الحكم الصادر فيها. ولا يسوغ أيضاً الحكم بالغرامة التهديدية على الملتزم بعمل إصلاحات معينة إذا كان من المتيسر إجراؤها بغير تدخله، إذ يستطيع الدائن هنا أن يقوم بنفسه بتلك الاصلاحات ثم يرجع بنفقتها على المدين.

ويتغير الوضع بالنسبة إلى الالتزام بتقديم حساب أو مستندات، إذ لا يستطيع الدائن الوصول إلى التنفيذ العينى بغير تدخل المدين، ومن ثم يجوز الحكم بالغرامة التهديدية لحمله على هذا التنفيذ. وكذلك يجوز الحكم بالغرامة التهديدية لحمل الملتزم بإخلاء عين على تنفيذ التزامه عينا؛ لأن الإخلاء يقتضى تدخله. ويجوز أيضاً الحكم بالغرامة التهديدية على الملتزم بالامتناع عن عمل لحمله عن الإحجام عنه؛ ومثال ذلك حالة تعهد ممثل بألا يعمل فى فرقة أو فى شركة معينة، إذ يجوز هنا الحكم على هذا الممثل بالغرامة التهديدية عن كل مرة يخالف فيها التزامه، وذلك لحمله على احترام تعهده وتنفيذه تنفيذاً عينياً. المهم فى كل هذا هو أن مناط الحكم بالغرامة التهديدية هو لزوم تدخل المدين لإمكان حصول التنفيذ العينى أو لوقوعه ملائماً للدائن.

٤ — ويلزم فى النهاية، للحكم بالغرامة التهديدية، أن يطلبه الدائن. فلا يجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه، وإن ذهب بعض الفقهاء إلى غير ذلك.

هذه هى الشروط اللازم توافرها للحكم بالغرامة التهديدية. فإن توافرت،

ساغ للقاضي ، بعد أن يحكم على المدين بالتنفيذ العيني ، أن يحدد له أجلا لأدائه . وأن يقضي بإلزامه بالغرامة التهديدية عن كل فترة تالية يحددها ، لا يمتثل فيها لحكمه .

٣٤ — خصائص الحكم بالغرامة التهديدية

السمة الأساسية للغرامة التهديدية أنها ليست تعويضاً للدائن عن عدم تنفيذ الالتزام ، كما أنها ليست عقوبة توقع على المدين لعدم قيامه بهذا التنفيذ . فهي لا تعدو أن تكون مجرد وسيلة تهديدية لكسر عناد المدين وحمله على الرضوخ والإذعان لمقتضى التزامه . وقد تفلح هذه الوسيلة ، فينفذ المدين التزامه ، وقد تفشل ، فيبقى المدين على عناده . وهذه هي السمة الأساسية للغرامة التهديدية . وهي تضفي على الحكم بها الخصائص الآتية :

١ — لا يراعي القاضي في تحديده مدى الغرامة التهديدية مقدار الضرر الذي ينال الدائن من جراء عدم التنفيذ الالتزام ، بل لا يلزم أن يقع هذا الضرر له أصلا . فالغرامة التهديدية ليست تعويضاً ، كما بينا ، وإنما مجرد وسيلة لتهديد المدين وإكراهه على الرضوخ والإذعان . ولكي يتحقق هذا المعنى ، يلزم أن يتناسب مقدار الغرامة التهديدية مع موارد المدين ، ومع مدى ما يظهر منه من عناد في تنفيذ التزامه . بل لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يبالغ القاضي بعض الشيء في مقدار الغرامة التهديدية التي يقضي بها ، الأمر الذي يغلب أن يفعله عملا . من أجل هذا يقال عن الحكم بالغرامة التهديدية إنه تحكمي ، بمعنى إنه يقوم على تحكم القاضي بالنسبة إلى تقدير مداه .

٢ — الحكم بالغرامة التهديدية هو حكم وقتي . فهو لا يحوز حجية الأمر المقضي أبداً . إذ أنه لا يفصل في موضوع الحق ، وإنما يستهدف حمل المدين على الوفاء به . ويترتب على ذلك أنه يجوز لنفس القاضي الذي أصدره أن يعدل فيه ، بإلغاء الغرامة أو إنقاص مقدارها أو زيادته ، بحسب ما يظهر له من موقف المدين واستجابته لمقتضى التزامه او استمراره في عناده . فالغرامة التهديدية وسيلة مرنة ، يضع القانون زمامها بيد القاضي ، ليس فقط

عند الحكم بها ، بل بعد ذلك . وفى هذا تقضى المادة ٢١٣/٢ بأنه : « ٢ — وإذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة » .

٣ — الحكم بالغرامة التهديدية لا يصلح للتنفيذ ، حتى لو صدر من محكمة آخر درجة . فلا يسوغ للدائن أن ينفذ على مدينه بمتجمد الغرامة التهديدية . بل إنه إذا قام المدين بدفعه من تلقاء نفسه ، حق له استرداده ، كقاعدة عامة ؛ لاعتبار أنه دفع شيئاً غير مستحق عليه . إذا أن الحكم بالغرامة التهديدية لم يقرر حقاً للدائن ، بل هو مجرد حكم تهديدى غايته حمل المدين على تنفيذ التزامه .

٣٥ — أثر الحكم بالغرامة التهديدية

بينا فيما سبق أن الحكم بالغرامة التهديدية لا يصلح للتنفيذ ، وأنه لا يعطى حقاً للدائن فى تلك الغرامة . وإذا كان الأمر هكذا ، فما الفائدة من هذا النظام ، وكيف يفلح فى الوصول إلى غايته من حمل المدين على تنفيذ التزامه ، ما دام هذا يعلم ألا سبيل إلى تنفيذ الحكم بالغرامة عليه ؟

والحق أن نظام الغرامة التهديدية لا يعدم كل وسيلة للضغط على المدين وحمله على الرضوخ والإذعان . فإن كان الحكم بها لا يصلح بذاته للتنفيذ ، إلا أنه يجب على القاضى أن يدخل فى اعتباره ، عند تحديده مقدار التعويض الذى يحكم به على المدين بسبب عدم وفائه بالالتزام أو تأخره فيه ، مدى العنت الذى بدأ منه فى الإحجام أو التأخر عن هذا الوفاء ، برغم صدور الحكم عليه بالغرامة التهديدية . وفى ذلك تقضى المادة ٢١٤ بأنه : « إذا تم التنفيذ العينى أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مراعياً فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين » .

فالغرامة التهديدية مجرد وسيلة تهديدية ، كما بينا . وهى تبقى منتجة إلى أن يتكشف نهائياً موقف المدين من تنفيذ التزامه أو استمراره فى الاصرار على عناده . وعندئذ تصبح الغرامة التهديدية غير ذات موضوع . ويجب تصفية الأمر برمته . وتحصل تلك التصفية بالتجاء الدائن إلى القضاء ، وطلب الحكم على مدينه بالتعويض ، إستناداً إلى عدم الوفاء بالتزامه أو إلى تأخره فى هذا الوفاء . ويقدر القاضى هذا التعويض وفقـاً للاساس العادى ، وهو مدى مالحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا وذاك نتيجة طبيعية للاخلال بالالتزام (المادة ٢٢١) . ثم يضيف إلى مقدار التعويض الذى يصل إلى تحديده على هذا النحو مبلغاً آخر ، نظير العنت الذى بدا من المدين فى عدم تنفيذ التزامه او تباطؤه فى إجرائه . وهكذا يدخل مدى العنت الذى ظهر من المدين فى عـدم تنفيذ التزامه أو تأخره فيه ضمن عناصر التعويض الذى يحكم به عليه . « وفى هـذا النطاق يتمثل لب نظام الغرامة المالية ومعقل القوة فيه [1] . »

المبحث الثانى

التنفيذ بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض

٣٦ — يقصد بالتنفيذ بمقابل exécution par équivalent أو التنفيذ بطريق التعويض exécution por voie de dommages-imtérêts ، إعطاء الدائن ، عند عدم إجراء التنفيذ العينى الكامل للالتزام ، ما يقابل الفـائدة التى كانت تعود عليه من هذا التنفيذ لو أنه تم ، وما يجنبه الخسارة التى نجمت له بسبب عدم حصوله . وبعبارة أخرى ، يقصد بالتنفيذ الذى نحن بصدده تعويض الدائن عن الضرر الذى لحقه من جراء عدم حصول التنفيذ العينى الـكامل لالتزامه .

والتعويض الذى يمنح للدائن ، عند عدم حصول التنفيذ العينى لالتزام ما ،

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٢ ص ٥٤٠ .

ما ، لا يعتبر التزاما جديداً . بل هو لا يعـدو أن يكون طريقا احتياطياً لأداء الالتزام الأصلى ، يقوم مقام التنفيذ العينى عند عدم وقوعه . وبعبارة أخرى أكثر دقة ، لا يعدو التعويض المترتب على عدم إجراء التنفيذ العينى لالتزام معين أن يكون نتيجة انشغال مسئولية المدين بسبب الإخـلال بهذا الالتزام . ويترتب على أى من هذين التصويرين للتعويض نتيجة بالغة الأهمية، وهى أن التأمينات التى تضمن الوفاء بالتزام معين ، كالكفالة والرهن ، تضمن أيضاً التعويض المترتب على عدم تنفيذه تنفيذاً عينياً أو على التأخر فى إجراء هذا التنفيذ .

٣٧ — متى يجوز الالتجاء الى التنفيذ بطريق التعويض

التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض هو سبيل احتياطى لأداء الالتزام . فالأصل ، كما بينا[١] أن يتم تنفيذ الالتزام عيناً . ولا يستعاض عن هذا التنفيذ العينى بالتعويض ، إلا إذا تعذر إجراؤه أو قبل الدائن والمدين كلاهما التحول عنه إليه . ويمكننا أن نفصل ذلك بالقول بأن تنفيـذ الالتزام عن طريق التعويض يسوغ فى الحالات الآتية :

١ — إذا أصبح التنفيذ العينى غير ممكن بفعل المدين[٢] ، مع ملاحظة أنه من بين الحالات التى يعتبر فيها التنفيذ العينى هكذا ، تلك التى لا يكون فيها إجراؤه متيسراً أو ملائماً للدائن إلا بتدخل المدين ولا يقوم هذا به .

٢ — إذا كان التنفيذ العينى ، برغم كونه ممكناً فى ذاته ، مرهقاً للمدين ، وكان من الممكن الاستعاضة عنه بالتعويض بغير إلحاق ضرر جسيم بالدائن .

٣ — إذا اتفق الدائن والمدين كلاهما على الاقتصار على التعويض مكان التنفيذ العينى ، وسواء أن يقع هذا الاتفاق صراحة أو ضمناً . ويعتبر

---

(١) أنظر ما سبق ، نبذة ١٩ .

(٢) أما إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبى عن المدين ، فإن الالتزام ينقضى بالكلية .

إن الاتفاق فى هـذا الصدد قد تم ضمناً ، إذا طالب الدائن بالتعويض ، ولم يعرض المدين التنفيذ العينى بدلاً منه .

٣٨ — التعويض عن عدم التنفيذ والتعويض عن التأخير فيه :

رأينا أن التعويض يستهدف رفع الضرر الذى لحق الدائن ، بسبب عدم حصول التنفيذ العينى الكامل للالتزام . ولكى يعتبر التنفيذ العينى كاملا ، ينبغى أن يقوم المدين بأداء موضوع الالتزام كاملا فى مواصفاته وفى مقداره وفى الأجل المحدد له .

وقد لايقوم المدين بأداء الالتزام فى مجموعه أو فى جزء منه ؛ وقد يؤديه ، ولكن بعد فوات الأجل المحـــدد . وفى كلتا الحالتين يثبت للدائن الحق فى التعويض . ويكون التعويض فى الحالة الأولى عن عدم تنفيذ الالتزام كلياً أو جزئياً ، وفى الحالة الثانية عن التأخير فى هـذا التنفيذ . وهكذا ينقسم التعويض ، بحسب الغاية التى يستهدفها ، إلى تعويض عن عدم التنفيذ وتعويض عن التأخير فى إجرائه . مع ملاحظة أن التعويض عن عدم التنفيذ قد يكون كلياً ، وذلك فى حالة عدم تنفيذ الالتزام برمته ، وقد يكون جزئياً ، وذلك فى حالة اقتصار عدم التنفيذ على جزء من الالتزام .

٣٩ — منهاج البحث :

يخضع التنفيذ بمقابل ، أو التنفيذ بطريق التعويض ، لقواعد عامة . وتتركز هذه القواعد العامة ، فى تولى القاضى تقدير التعويض فى طبيعته وفى مداه ، وفقاً لمدى الضرر الذى نال الدائن من جراء عدم التنفيذ العينى أو التأخر فيه ، وتوخياً لإزالة هـذا الضرر بقدر الإمكان . وقد يخضع التعويض ، فى بعض الحالات لأحكام خاصة . ويرجع ذلك ، إما إلى قيام المتعاقدين بتقدير التعويض وهذا هو التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى ، وإما لأن الالتزام الذى حصل الإخلال به هو التزام بدفع مبلغ من النقود . وهكذا لزم

أن نعالج أحكام التعويض فى بنود ثلاثة : فنبدأ بعرض القواعد العـامة للتعويض أو التعويض القضائى ؛ ثم نعقب بالتعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى ؛ ثم نختتم بالتعويض عن الإخلال بالالتزام بدفع مبلغ من النقود أو الفوائد .

١ — القوعد العامة فى التعويض أو التعويض القضائى

٤٠ — نتناول القواعد العـامة فى التعويض القضائى ، مبينين شروط استحقاقه وكيفية تقديره ؛ وذلك فيما يلى :

٤١ — (١) شروط استحقاق التعويض

التعويض هو جزاء الإخلال بالالتزام . ويقع هذا الإخلال ، إذا قصر المدين، فلم ينفذ التزامه تنفيذاً عينياً كاملا فى الأجل المحدد له . ومن هنا يبرز الشرط الأول لاستحقاق التعويض ، وهو تقصير المدين فى تنفيذ التزامه . على أن هذا التقصير فى ذاته لا يكفى . فلا بد أن ينجم عنه ضرر للدائن ؛ إذ لا دعوى بلا مصلحة . ومن هـذه الفـكرة ، ينبثق شرطان آخران ؛ هما حصول ضرر للدائن ، وقيام علاقة سببية بين هذا الضرر وتقصير المدين ، بمعنى أن يكون الأول هو نتيجة طبيعية ومباشرة للثانى . هكذا يظهر أن شروط استحقاق التعويض ، ثلاثة أساسية ؛ هى : خطأ لمدين أو تقصيره وحصول ضرر للدائن ، وقيام علاقة سببية بين ذاك الخطأ وهذا الضرر . وتتناول كلا من هذه الشروط بالتفصيل ؛ وذلك فيما يلى :

٤٢ — الشرط الأول : خطأ المدين أو تقصيره فى الوفاء بالتزامه

القاعدة العامة فى المسئولية هى أنها تؤسس على الخطأ أو التقصير ؛ فإذا انتفى ، ما قامت ، كأصل عام . وعلى هذا فلكى يستحق التعويض على المدين ، وجب أن يثبت عليه التقصير فى أداء التزامه .

ولكن متى يعتبر المدين مقصراً فى أداء التزامه؟ يجب لذلك أن تتوافر الأمور الثلاثة الآتية : (١) عدم إجراء التنفيذ العينى الكامل للالتزام أو التأخير فيه . (٢) حصول هذا الإخلال بالالتزام لسبب يعزى للمدين . (٣) استمرار إخلال المدين بالتزامه إلى مابعد إعذاره . ونعرض كلا من هذه الأمور تفصيلا فيما يلى :

٤٣ — أولا : عدم إجراء التنفيذ العينى الكامل للالتزام

التعويض ، كما بينا ، هو جزاء عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه تنفيذياً عينياً كاملا . فالأصل فى تنفيذ الالتزام أن يتم عيناً ، أى أن يتم بأداء عين موضوع الالتزام . فإن لم يؤده المدين ، انشغلت مسئوليته ، ولزمه بالتالى التعويض .

وهكذا يبين أن عدم قيام المدين بالتنفيذ العينى لالتزامه أو التأخر فيه أمر أساسى لثبوت خطئه أو تقصيره ، وهو الشرط الأول لاستحقاق التعويض عليه . وقد أراد المشرع أن ينص على هذا الحكم ، فجاء فى المادة ٢١٥ يقول : « إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه . ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه[1] » .

يظهر مما سبق أن عدم قيام المدين بالتنفيذ العينى لالتزامه أمر ضرورى لثبوت خطئه أو تقصيره ، الذى هو بدوره شرط أساسى لاستحقاق التعويض

---

(١) ويلاحظ على هذا النص عيب فى صياغته أدى إلى قصور فى إبراز المعنى الذى أريد به. فالحكم الذى أريد تضمينه إياه هو تحمل المدين بالتعويض إذا لم يقم بالتنفيذ العينى وتعذر على الدائن الوصول إليه ، من غير أن يكون ذلك راجعاً إلى سبب أجنبى عن المدين . ولكنه جاء يقول إن المدين يتحمل بالتعويض إذا استحال عليه أن ينفذ الالتزام عيناً . وكأن المدين لايلزم بالتعويض ، إذا كان يمكنه أن يقوم بالتنفيذ العينى ولكنه لم يؤده ، وتعذر على الدائن الوصول إلى هذا التنفيذ ، بسبب أن إجرائه يتطلب التدخل الشخصى للمدين ، كما هو الشأن فى التزام رسام معين برسم صورة ، أو التزام ممثل بالتمثيل على مسرح معين أو فى فيلم معلوم . وهذا المعنى لم يخطر على بال المشرع ، بطبيعة الحال ، ولا يتصور أن يكون قد أراده .

عليه . ولكى يعتبر التنفيذ العينى حاصلا ، وبالتالى يبتعد الخطأ ثم التعويض عن المدين ، يجب أن يتم كاملا ، بالنسبة إلى الكم والكيف والزمن ، وفقاً لما يقتضيه الالتزام . فإذا وقع التنفيذ العينى ناقصاً بالنسبة إلى الكم ، كأن التزام شخص بإعطاء مائة أردب من القمح ولكنه لم يعط إلا خمسين ، أو ناقصاً بالنسبة إلى الكيف ، كأن تعهد مقاول ببناء دار وفقاً لمواصفات معينة فشيدها بمخالفة تلك المواصفات أو بعضها ، أو ناقصاً بالنسبة إلى الزمن ، كأن قام المدين بوفاء التزامه بعد الأجل المضروب له ؛ فى كل هذه الحالات ، يعتبر التنفيذ العينى أنه لم يتم كاملا ، ويعتبر المدين مقصراً فى حدود النقص . ويحق عليه التعويض فى تلك الحدود .

ويلاحظ ، كما سبق أن بينا عند الكلام فى كيفية حصول التنفيذ العينى للالتزام [1] ، أن الفعل الذى يجب أداؤه ، لاعتبار الالتزام متنفذاً عيناً ، يختلف باختلاف موضوع الالتزام ، وإن أمكن رد الالتزامات فى هذا الصدد إلى النوعين الآتيين :

١ — التزام بغاية أو بالوصول إلى نتيجه ، كالالتزام بتشييد دار أو بإصلاحها ، والالتزام بنقل الملكية والالتزام بالتسليم . وفى هذا النوع ، لا يعتبر التنفيذ العينى حاصلا إلا بإنجاز العمل المطلوب كاملا وفى ميعاده .

٢ — الالتزام بوسيلة أو ببذل عناية ، كالتزام الطبيب بعلاج المريض والتزام المحامى بالدفاع عن موكله فى قضية ، والتزام شخص بإدارة شىء أو بالمحافظة عليه . وهنا يعتبر التنفيذ العينى واقعاً ، إذا بذل المدين العناية التى يتطلبها القانون ، حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود من الالتزام .

ويقع عبء إثبات حصول التنفيذ العينى للالتزام على عاتق المدين . فلا يطلب من الدائن أكثر من أن يقيم الدليل على وجود الالتزام . فإن

---

(١) أنظر ماسبق ، نبذة ٢٢ وما بعدها .

فعل ، حق على المدين ، إذ أراد أن يبعد الحكم عليه بالتعويض بسبب وقوع التنفيذ العينى ، أن يثبت حصوله . وهذا مجرد تطبيق للقاعدة العامة التى تقضى بأن على الدائن أن يثبت وجود الالتزام ، وعلى المدين أن يثبت براءة ذمته منه .

٤٤ — ثانياً : حصول الإخلال بالالتزام بفعل المدين

بينا فيما سبق أنه يلزم ، لثبوت التقصير أو الخطأ على المدين الموجب للحكم عليه بالتعويض ، ألا يتم التنفيذ العينى الكامل لالتزامه . بيد أن هذا الأمر وحده لا يكفى . وإنما يلزم فضلا عنه ، أن ينسب انتفاء التنفيذ العينى إلى المدين ، بمعنى أن يكون راجعاً إلى سبب يعزى إليه . فإن رجع عدم إجراء التنفيذ العينى للالتزام لسبب أجنبى عن المدين لا يد له فيه ، ما أمكن نسبة الخطأ إليه ، وبالتالى انعدمت مسئوليته ، وما لزمه التعويض . على أنه يلاحظ أن عدم حصول التنفيذ العينى للالتزام يقيم قرينة قانونية بسيطة على أنه وقع بسبب تقصير المدين . وعلى هذا الأخير ، فى سبيل رفع الخطأ عنه ، أن يقيم الدليل على السبب الأجنبى الذى حال بينه وبين أداء التنفيذ العينى لالتزامه فى ميعاده . وفى هذا تقضى المادة ٢١٥ بأن المدين يلتزم بالتعويض إذا لم يتنفذ الالتزام عيناً ، « مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه ».

هكذا لا تقوم مسئولية المدين ولا يتحمل بالتالى بالتعويض إذا أثبت أن عدم حصول التنفيذ العينى يرجع إلى سبب أجنبى عنه لا يد له فيه . إذ أنه لا يمكن فى هذه الحالة نسبة الخطأ أو التقصير إليه ، والخطأ أساس المسئولية ، كأصل عام .

ويقصد بالسبب الأجنبى الذى يمنع مسئولية المدين ويرفع عنه التعويض عند عدم التنفيذ العينى لالتزامه كل أمر أو حدث يؤدى إلى استحالة هذا

التنفيذ ، كلياً أو جزئياً ، بشرط إلا تمكن نسبته إليه . وهكذا يلزم لقيام السبب الأجنبي ، توافر الشرطين الآتيين :

١ — ألا يكون للمدين يد في حصوله ولم يكن في وسعه تفاديه أو درء نتائجه ببذل الجهد المعقول .

٢ — أن يؤدى السبب الأجنبي إلى استحالة تنفيذ الالتزام كلياً أو جزئياً ، أو إلى استحالة الوفاء به في ميعاده ، مع ملاحظة أن التعويض لا يرتفع إلا في الحدود التي تقع فيها تلك الاستحالة . ويلزم هنا أن يكون من شأن السبب الأجنبي أن يؤدى إلى استحالة أداء الالتزام . فلا يكفي أن يكون من شأنه أن يجعله أكثر إرهاقاً أو أشد كلفة على المدين[1] .

ويشمل السبب الأجنبي القوة القاهرة أو الحادث المفاجىء وفعل الدائن وفعل الغير .

فالقوة القاهرة أو الحادث المفاجىء[2] ، كحرب أو ثورة أو فيضان أو غارة جراد التهمت المحصول ، تؤدى إلى رفع المسئولية عن المدين وإعفائه بالتالي من التعويض ، إذا أدت إلى استحالة تنفيذ الالتزام ، بشرط أن يتوافر بها شرطاهما ، وهما أن يكون الحدث غير متوقع الحصول ، وأن يكون من المستحيل على المدين دفعه ببذل الجهد المعقول .

وكذلك الحال بالنسبة إلى فعل الدائن . فهو يعتبر سبباً أجنبياً عن المدين يؤدى إلى رفع المسئولية عنه ، إذا كان قد حال دون أن ينفذ المدين التزامه ، كما إذ منع صاحب الأرض المقاول من الدخول إليها تنفيذ التزامه بتشييد دار عليها . ويلاحظ أن المسئولية لا ترتفع بالكلية عن المدين ، إلا إذا كان من شأن فعل الدائن أن يبعد الخطأ تماما عن المدين . أما إذا كان فعل الدائن

---

(١) ففي هذه الحالة الأخيرة يبقى الالتزام قائماً ، وإن ساغ للقاضي أن يرده إلى الحد المعقول ، إعمالا لنظرية الظروف الطارئة (المادة ٢/١٤٧) .

(٢) وهما اصطلاحان يقصد بهما معنى واحد عند أغلبية الفقهاء وفي القضاء بوجه عام .

لم يبعد الخطأ تماما عن المدين ، ولكنه أسهم معه فى وقوع الضرر ، فإن المسئولية لا تزول عن هذا الأخير ، وإنما تتوزع بين الاثنين بنسبة الخطأ الذى وقع من كل منهما ، إعمالا لفكرة الخطأ المشترك . وفى ذلك تقضى المادة ٢١٦ بأنه : « يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى إحداث الضرر أو زاد فيه » .

وترتفع المسئولية فى النهاية عن المدين إذا أثبت أن استحالة تنفيذ الالتزام ترجع إلى فعل الغير ، بشرط أن لا يكون من الممكن للمدين توقعه ولا دفعه ببذل الجهد المعقول . إذ أن فعل الغير يأخذ هنا حكم القوة القاهرة . ومثال هذه الحالة ، أن يلتزم شخص بتسليم بقرة معينة ، ثم يجىء شخص أجنبى عنه ، ويفاجأه بقتلها قبل أن يتم التسليم .

٤٥ — ثالثاً : استمرار الإخلال بالالتزام إلى ما بعد إعذار المدين :

بينا فيما سبق أنه يلزم ، لثبوت الخطأ أو التقصير على المدين ، الذى ينهض شرطا لتحمله بالتعويض ، ألا يقع التنفيذ العينى الكامل لالتزامه ، وأن ينسب هذا الإخلال بالالتزام إلى فعل المدين ، وليس إلى سبب أجنبى لا يد له فيه . وإلى جانب هذين الأمرين ، يتحتم ، كقاعدة عامة ، أمر ثالث ، هو اعذار المدين واستمرار اخلاله بالالتزام إلى ما بعد حصوله . وفى هذا تقضى المادة ٢١٨ بأنه : « لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين ، مالم ينص على غير ذلك » .

والإعذار demeure اجراء يقصد به وضع المدين الذى لا يفى بالتزامه فى ميعاده فى موضع المخطىء أو المقصر . فالقانون ، كأصل عام ، لا يعتبر مجرد عدم قيام المدين بأداء التزامه عند حلول أجله خطأ منه ، مادام الدائن يقف منه موقفا سلبياً . اذا أن الدائن ، إذا ما سكت عن المطالبة بأداء الالتزام ، يعتبر أنه متسامحاً ومتغاضياً عما يقع من المدين من تأخير . وعلى أية حال ، يخول القانون المدين الحق فى تفسير سكوت الدائن على هذا المحمل .

فإن سكت المدين بدوره عن أداء الالتزام ، فهو لا يفعل أكثر من أنه يتجاوب مع سلوك الدائن ، ومن ثم فلا جناح عليه . فإذا أراد الدائن أن يضع المدين موضع المقصر فى أداء التزامه ، وجب عليه أن يخطره برغبته فى اقتضاء دينه حالا ، وبذلك يقطع عليه سبيل الاعتقاد بأنه متسامح أو متهاون أو غير متعجل فى تنفيذ الالتزام . والإعذار هو الطريق القانونى لذلك الإخطار .

والإعذار ضرورى ، كما بينا[1] ، لحصول الدائن على التنفيذ العينى جبراً على المدين . وهو لازم أيضاً لحصوله على التنفيذ بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض . وسواء فى ذلك أكان التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام ، أو عن التأخر فيه .

٤٦ — كيف يحصل إعذار المدين ؟

تبين المادة ٢١٩ طريقة حصول الإعذار ؛ وهى فى ذلك تقضى بأنه : «يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى اجراء آخر » .

وهكذا فالإعذار يتم بالطرق الآتية :

١ — الانذار : الإنذار هو الطريق العادى الغالب للإعذار ؛ حتى جرى القول على أنه : « من أنذر فقد أعذر » . والإنذار ورقة رسمية من أوراق المحضرين ، تعلن للمدين بناء على طلب الدائن . ويجب أن يتضمن الإنذار ، لكى يصبح اعذاراً ، رغبة الدائن فى اقتضاء دينه ، ووجوب قيام المدين بوفائه فى أجل معقول .

---

(١) أنظر ما سبق ، نبذة ٢١ .

٢ — ما يقوم مقام الإنذار : كل اجراء يأخذ شكل الإنذار ، أى يأتى فى رقة معلنة بالطريق الرسمى ، ويحقق الغرض منه ، وهو اخطار المدين برغبة الدائن فى اقتضاء حقه ، يصلح سبيلا للإعذار . وعلى هـذا فيصلح للإعذار التنبيه على المدين بالوفاء ، وهو ورقة من أوراق المحضرين تعلن للمدين كمقدمة للتنفيذ على أمواله . وكذلك يصلح سبيلا للإعذار اعلان المدين بمحضر الحجز على أمواله . ويصلح للإعذار أيضاً اعلان صحيفة الدعوى ، ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة . وكثيراً مايبدأ الدائن الإجراءات ضد مدينه برفع الدعوى عليه ، أى بمطالبته قضائياً . وفى هـذه الحالة يقوم اعلان ورقة التكليف بالحضور أمام المحكمة مقام الإنذار ، من حيث اعتبار المدين معذراً ، فضلا عن أنها تبدأ سير المطالبة القضائية ضده . مع ملاحظة أنه إذا قام المدين فى هـذه الحالة بتنفيذ التزامه خلال أجل معقول من رفع الدعوى عليه ، ما اعتبر مقصراً وما لزمه التعويض ، لاعتباره منفذاً التزامه بمجرد إعذاره .

ويلاحظ أن التبليغ الشفوى أو الخطاب ولو كان مسجلا أو بعلم وصول أو البرقية ، يلاحظ أن كل هـذه الأمور وما يماثلها لا تقوم مقام الانذار فى إيقاع الاعذار ، إلا إذا نص القانون فى حالة خاصة على غير ذلك . لأنه يجب لقيام إجراء ما مقام الانذار أن يأخذ شكله ، بمعنى أن يعلن إلى المدين بالطريق الرسمى . على إنه إذا اتفق الدائن والمدين على حصول الاعذار بأى إجراء مما سبق ، صح اتفاقهما واعتبر المدين معذراً بالقيام به . لأنه يسوغ الاتفاق ، كما سيجىء بعد قليل ، على اعتبار المدين معذراً «بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى إجراء آخر» ؛ فمن باب أولى ، يسوغ الاتفاق على حصول الاعذار بوقوع إحدى الاجراءات السابقة .

٣ — حصول الاعذار عن طريق البريد على الوجـــه المبين فى قانون المرافعات . فى بعض الأحوال ، يسمح قانون المرافعات بإعلان أوراق المحضرين عن طريق البريد من تلقاء نفس قلم المحضرين ، كما أنه يجوز الاعلان

بهذا الطريق ، إذا اختاره صاحب الشأن كتابة على أصل الورقة التى يريد إعلان صورتها ، بشرط أن يكون المحل المراد الاعلان فيه هو قلم الكتاب أو مكتب أحد المحامين باعتباره موطناً مختاراً (المادة ١٥ مرافعات) . وتتلخص إجراءات الاعلان فى هذه الحالة فى أن « يقدم المحضر صورة الورقة المطلوب إعلانها لمكتب البريد فى غلاف مختوم ومبين عليه اسم المرسل إليه ولقبه وموطنه وعنوانه وتوقيع المحضر وبصمة خاتم قلم المحضرين ويؤشر المحضر فى ذيل أصل الورقة بأنه سلم أصل صورتها لمكتب البريد على الوجه المتقدم (المادة ١٦ مرافعات) ، ثم يسلم عامل البريد الرسالة للمرسل إليه أو من يحل محله فى تسلم الاعلانات الرسمية ، وفقا لما يقضى به القانون (المادة ١٧ مرافعات) .

٤ — الاتفاق على حصول الاعذار بمجرد حلول الأجل . الاجراءات التى سبق ذكرها لحصول الاعذار ليست من النظام العام . فيسوغ للدائن والمدين أن يتفقا على اعتبار الأخير معذراً بمجرد حلول أجل الالتزام ، وبدون قيام الدائن بأى إجراء ينم فيه عن رغبته فى اقتضاء دينه . ومن باب أولى ، يجوز كما بينا الاتفاق على حصول الاعذار بإجراء آخر غير ما حدده القانون ، كتبليغ شفوى أو خطاب عادى أو مسجل .

ويلزم ، لاعتبار المدين معذراً بقوة القانون بمجرد حلول أجل الالتزام ، أن يجيء الاتفاق على ذلك قاطعاً فى دلالتـه ، دون أن يتحتم بالضرورة وروده فى صورة أو فى أخرى . فإن قام شك فى الإرادة المشتركة للدائن والمدين ، وجب تفسير هذا الشك فى صالح المدين ، تطبيقا للقاعدة العامة . وتمشياً مع هذه الفكرة ، قضت المحاكم بأن الشرط الذى ينص على أن الدين يصير مستحقاً من تلقاء نفسه بمجرد حلول الأجل ، لا يجعل المدين معذراً بقوة القانون ، ولا يعفى الدائن بالتالى من إنذاره أو باتخاذ ما يقوم مقام الانذار من إجراءات .

هذه هى الطرق التى يحصل بها إعذار المدين . ويلاحظ ان مجرد حصول هذا الاعذار لا يكفى لدمغ المدين بالخطأ والتقصير فى تنفيذ التزامه . بل يلزم لذلك أن يستمر إخلال المدين بالتزامه ، إلى ما بعد حصول الاعذار بوقت معقول يحدده القاضى وفقاً لظروف الحال ، وذلك مالم يتفق على اعتبار المدين مقصراً بمجرد حلول أجل الالتزام وبغير حاجة إلى إعذار . إذ أن الغاية من الاعذار، كما بينا ، هى إخطار المدين برغبة دائنه فى اقتضاء حقه . ومن ثم يجب أن يترك للمدين الوقت المعقول للاستجابة إلى ندائه ، تمشيا مع مبدأ حسن النية الذى يجب أن يسود المعاملات عامة ، وتنفيذ الالتزامات بوجه خاص .

كما أن إعذار المدين لا يكفى لاثبات تقصيرة ، إذا كان من مقتضى الالتزام أن يسعى الدائن إليه لاقتضاء حقه منه ، أو أن يقوم بأى عمل آخر لازم لتمكينه من الوفاء بدينه ، ولم يفعل . فالقاعدة العامة فى الوفاء بالديون أنه يتم فى مواطن المدين (المادة ٣٤٧ / ٢) ؛ فإذا لم يسع الدائن بنفسه أو بنائبه إلى موطن المدين لاقتضاء دينه منه ، ما اعتبر هذا مقصراً فى الوفاء بالدين ، حتى لو كان قد سبق اعذاره . وعلى هذا فإعذار المدين لا يغنى عن سعى الدائن إليه ، أو عن قيامه بأى عمل آخر ، إذا كان هذا أوذاك واجباً لتمكين المدين من تنفيذ التزامه .

٤٧ — الحالات التى لا يلزم فيها الاعذار

الأصل ، كما بينا أن الاعذار لازم لاعتبار المدين الذى لا يفى بالتزامه عند حلول أجله مقصراً . ولكن فى بعض الأحوال ، يقرر القانون عدم ضرورة الاعذار لذلك . وفى ذلك تقضى المادة ٢٢٠ بأنه : «لا ضرورة لاعذار المدين فى الحالات الآتية : (ا) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين . (ب) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير

مشروع . (ح) إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك . (ى) إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه » .

وهكذا يقع الاعذار غير ضروري في الحالات الآتية :

(١) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين . ومثال هذه الحالة أن يبيع شخص عقاره لآخر ، ويلتزم بذلك بنقل ملكيته إليه ، ثم يبيع نفس العقار لمشتر ثان يسبق في إجراء التسجيل ؛ فهنا يستحيل تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري الأول ، ويثبت تقصيره إزاءه بدون حاجة إلى إعذار ؛ لأنه هو الذي تسبب بفعله في استحالة تنفيذ التزامه . ومثال هذه الحالة أيضاً الاخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل ؛ فإذا أتى المدين العمل الممتنع عليه ، كما إذا لعب الممثل على مسرح برغم التزام يثقل كاهله ويحظر عليه هذا الفعل ، كان التنفيذ العيني للالتزام مستحيلا بفعل المدين ، وثبت عليه التقصير ، من غير حاجة إلى إعذار . ومثال الحالة التي نحن بصددها في النهاية أن يلتزم شخص بإنجاز عمل معين في وقت معلوم ، ويفوت المدين هذا الوقت ، ويصبح إنجاز العمل بعد فواته غير مجد للدائن ، كأن يلتزم المحامي بأن يستأنف حكما في المدة القانونية ، فتنقضي تلك المدة دون رفع الاستئناف ، وكأن يلتزم شخص بتقديم سيارة في تاريخ معين لاستعمالها في رحلة ، فلا يقدم السيارة في الميعاد ؛ في هاتين الحالتين وما يماثلهما يصبح تنفيذ الالتزام غير مجد بفعل المدين ، ويعتبر هذا مقصراً دون حاجة إلى إعذاره .

فإذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين ، ما كانت هناك حاجة إلى إعذاره لاثبات التقصير عليه . والحكمة من عدم تحتيم الاعذار هنا واضحة . إذ الاعذار هو دعوة يوجهها الدائن لمدينه لتنفيذ التزامه ، وإلا حق عليه التعويض . فإذا كان هذا التنفيذ أصبح غير ممكن أو غير

مجد بفعل المدين نفسه[1] ، ما كان لتلك الدعوة معنى .

(ب) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب عن عمل غير مشروع . هنا أيضاً يقرر القانون عدم ضرورة الاعذار . ولعله راعى فى هذا أن المدين وقد انحرف فى سلوكه عن سلوك الرجل المعتاد ، وأضر بذلك بضحيته لا يستحق أن يفيد من ضمانة الاعذار .

(ح) إذا كان محل الالتزام رد شىء يعلم المدين أنه مسروق أو شىء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك . فإذا كان المدين يعلم أن الشىء الذى يلتزم برده مسروق أو أن تسلمه بدون أن يكون له حق فيه ، اعتبر مقصراً بمجرد عدم الوفاء بالتزامه برده فى الوقت المعقول ، دون حاجة إلى إعذاره بذلك . وعلة هذا الحكم أن المدين هنا يعتبر سيء النية ، فلا يسوغ أن يحاط بضمانة الاعذار .

(ى) إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه . فالغاية من الاعذار ، كما بينا ، هى دعوة الدائن المدين لتنفيذ التزامه الذى حل أجله . فإذا جاء المدين وأفصح عن ارادته فى عدم القيام بهذا التنفيذ ، ما كان لدعوته اليه ، وبعبارة أخرى ما كان لاعذاره ، مقتض .

ويلزم هنا أن يجىء التصريح من المدين فى محرر مكتوب . فلا يكفى أن يرد شفاها . وقد رأى بعض الفقهاء غير ذلك ، معللين رأيهم بأن الكتابة التى تضمنها النص متطلبة للإثبات ليس إلا ؛ وخلصوا من ذلك إلى أنه إذا ثبت ، بالإقرار أو باليمين ، أن المدين قد صرح شفاها بعزمه على عدم الوفاء ، ما كانت هناك ضرورة لاعذاره[2] . ونحن لا نقر هذا النظر . إذ أنه مبنى

---

(١) ويلاحظ أنه إذا كانت استحالة تنفيذ الالتزام راجعة إلى سبب أجنبى عن المدين ، فإن الالتزام ينقضى ويزول ، ولا تكون هناك حاجة أيضاً إلى الاعذار . إذ الاعذار يقع بمناسبة تنفيذ الالتزام ؛ والفرض هنا أن الالتزام قد انقضى .

(٢) أنظر فى هذا المعنى أستاذنا السنهورى ، الوسيط ج ٢ نبذة ٤٦٦ . وقارن اسماعيل غانم ، أحكام الالتزام ج ١ ص ١٣١ — سليمان مرقس ، أحكام الالتزام ، نبذة ٤٩ .

على شيء من التحكم . فلا يوجــد فى النص ولا فى الأعمال التحضيرية التى اكتنفته ما يؤيده . ثم إن لاستلزام الكتابة لحرمان المدين من ضمانة الإعذار حكمة ظاهرة ؛ فهى تضفى على التصريح صفة الجدية ، وتبعد عنه مظنة وروده تحت تأثير الغضب المؤقت ، دون الرغبة الصادقة فى التقيد به . وعلى أسوء الفروض ، يمكن القول بأن هناك شكاً فى الدور الذى تلعبه الكتابة التى يستلزمها النص ، أهى متطلبة لصحة التصريح الذى يحرم المدين من ضمانة الإعذار أم هى متطلبة لإثباته فحسب ؛ والشك يفسر فى مصلحة المدين .

وغنى عن البيان أن المدين لا يحرم من ضمانة الإعذار ، عند تصريحه كتابة بعزمه على عدم تنفيذ التزامه ، إلا بالنسبة للوقت الذى يتلو هــذا التصريح . أما بالنسبة إلى الوقت السابق ، فأثر التصريح لا يستند إليه بالضرورة . ويترتب على ذلك أن المدين يسأل فى حالتنا عن مــدة التأخير فى تنفيذ الالتزام التالية لتصريحه ، دون تلك السابقة عليه . إذ أن الإعذار عند لزومه ، شرط لثبوت التقصير . ولم ترتفع ضرورة الإعذار إلا عن المدة اللاحقة لتصريح المدين وحدها .

٤٨ — أثر الإعذار

الأثر الرئيسى للإعذار هو دمغ المدين بوصمة الإهمال والتقصير فى أداء الالتزام ، إذا لم يقم به بعد أجل معقول من حصوله . فقد رأينا أن من حق المدين أن يفسر سكوت الدائن عن مطالبته بحقه ، برغم حلول أجله ، على أنه يتسامح ويتغاضى ولا يتضرر من التأخير فى اقتضائه . ولــكن الحال يتغير بعد أن يقوم الدائن بإعــذار المدين بوجوب أداء الالتزام . إذ لا يكون للمدين بعد ذلك أن يحتمى وراء تسامح دائنه وتغاضيه عن التأخير .

هذا هو الأثر الرئيسى للإعذار . ويتفرع عنــه عدة آثار تبعية ؛ هى الآتية :

١ — تحمل المدين بالتعويض عن عدم الوفاء بالالتزام أو عن التأخير فيه ، على حسب الأحوال ، وذلك على فرض توافر شروط استحقاق التعويض الأخرى .

٢ — تحمل المدين بمصروفات المطالبة القضائية أو الدعوى ، حتى لو عرض القيام بالتنفيـــذ خلال إجراءاتها . فالدائن فى حل من أن يرفع الدعوى على المدين لإرغامه على تنفيذ التزامه عينا أو عن طريق التعويض إذا ما تقاعس عن تنفيذه اختياراً بعد إعذاره بوجوب قيامه به . أما إذا رفع الدائن الدعوى على مدينه من غير أن يعذره من قبل ، ثم جاء المدين وبادر بعرض الوفاء بالتزامه فى أجل معقول ، تحمل الدائن بمصروفات الدعوى ، لاعتباره متسرعا فى رفعها [١] .

٣ — اذا كان موضوع الالتزام هو تسليم شيء ، وتقاعس المدين عن أداءه برغم اعذاره ، تحمل تبعة هلاكه ، حتى لو كانت تلك التبعة فى الأصل على الدائن . وقد سبق لنا أن عرضنا لهذا الأمر تفصيلا [٢] .

٤٩ — الشرط الثانى : حصول ضرر للدائن

تبينا فيما سبق الشرط الأول لاستحقاق التعويض على المدين ، وهو وقوع التقصير أو الخطأ منه فى تنفيذ التزامه ، وأنه يلزم ، لتوافر هذا الشرط اجتماع أمور ثلاثة ، هى عدم إجراء التنفيذ العيني الكامل للالتزام ، وحصول هذا الإخلال بالالتزام بفعل يعزى للمدين ، وليس نتيجة سبب أجنبي لا يد له فيه ، وأن يستمر هذا الإخلال إلى ما بعد إعذار المدين ، ما لم يكن هذا الإعذار غير ضروري . والشرط الثانى الذى يلزم لاستحقاق التعويض هو حصول ضرر للدائن .

فالضرر ركن أساسي فى المسئولية ، عقدية كانت أم تقصيرية . فإذا لم يصب

(١) راجع ما سبق ، نبذة ٢١ .
(٢) أنظر ما سبق ، نبذة ٢٧ .

الدائن بضرر من جراء إخلال المدين بالتزامه ، ما كان ثمة تعويض . إذ أن الغاية من التعويض هو إزالة الضرر أو تخفيفه ، على الأقل . فإن لم يكن هناك ضرر ، أصبح التعويض غير ذى موضوع . ومثال ذلك أن يلتزم محام بقيد رهن لصالح موكله على عقار لمدينه ، ولا ينفذ التزامه هذا ، ثم يظهر ان العقار كان من قبل مستغرقا بالديون ، لدرجة لم يكن يجدى معها قيد الرهن عليه ، لو أنه تم فى الميعاد المتفق عليه . ومثال الحالة التى نحن بصددها أيضاً أن يتأخر القطار بعض الوقت عن ميعاده ، الأمر الذى يترتب عليه اخلال مصلحة السكك الحديدية بالتزامها بتوصيل الراكب فى الميعاد المحدد للقطار ؛ فهنا لا يحق للراكب طلب التعويض ، ما دام لم يلحقه ضرر من جراء التأخير أو لم يلحقه إلا ضرر تافه ، إذ التافه يأخذ فى القانون حكم المعدوم .

والضرر هو كل خسارة تلحق الدائن وكل نفع يفوته ، بسبب اخلال المدين بالتزامه . وهو ينقسم ، بالنسبة إلى طبيعته ، إلى ضرر مادى ، وهو الذى يصيب الشخص فى ماله ، وضرر معنوى أو أدبى ، وهو الذى يصيب الشخص فى جسمه أو فى شرفه واعتباره أو فى عاطفته أوحنانه . والتعويض يكون عن الضرر المادى والأدبى على السواء (المادة ٢٢٢) ؛ دون تفريق فى هذا بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية[1].

واذا كان الضرر ، مادياً كان أو معنوياً ، هو شرط لانشغال مسئولية المدين ، وبالتالى لاستحقاق التعويض عليه ، إلا أنه ليس معنى هذا أن كل ضرر يصلح لذلك ، وإنما يلزم أن تتوافر فيه الأمور الآتية :

---

(١) والملاحظ فى العمل أن الضرر الأدبى يقل وقوعه نسبياً فى نطاق المسئولية العقدية عنه فى نطاق المسئولية التقصيرية . والسبب فى ذلك أن العقود ترد فى الغالب من الأمر على الأشياء المادية . ولكن هذا لايمنع من أن هناك حالات عديدة يقع فيها الضرر الأدبى نتيجة الاخلال بالالتزام التعاقدى . ومن هذه الحالات أن يصاب الراكب فى حياته أو فى جسمه إخلالا بالتزام أمين النقل فى توصيله سالما ، وأن يخل الوديع أو المستعير بالتزامة برد الوديعة أو العارية إذا كان لها عند صاحبها قيمة أدبية رفيعة ، زيادة عن قيمتها المادية .

١ — يجب أن يكون الضرر محققاً . فلا يكفى أن يكون محتملا ، حتى لو كان احتماله قوياً ، ما دام هو لم يقع بالفعل . ولكن إذا كان الضرر محتملا عند الإخلال بالالتزام ، ثم وقع بالفعل بعد ذلك ، حق التعويض عنه ، لاعتباره محققاً عندئذ .

٢ — يجب أن يكون الضرر مباشرا . ويقصد بالضرر المباشر ذاك الذى يكون نتيجته طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول (المادة ٢٢١/١) . والمثال التقليدى الذى يبين منه الضرر المباشر وغير المباشر هو ذاك الذى سرده Pothier عميد فقهاء القانون الفرنسى القديم ، ومؤداه أن شخصاً أعار آخر بقرة مريضة بمرض معد ، فوضع المستعير البقرة مع ماشيته التى انتقلت إليها العدوى فنفقت ، فعجز عن حرث أرضه واستغلالها ، فلم تأت بمحصول ، ولم يستطع أن يدفع ديونه ، فبيعت عليه أمواله بثمن بخس ، ولحقه الخراب . فهل يسوغ للمستعير هنا أن يطالب المعير بهذه السلسلة التى لا تتناهى من الأضرار ؟ من البداهة أن الجواب بلا . فالمعير لا يسأل هنا إلا عن الضرر المباشر ، وهو ذاك الذى لم يكن فى وسع الرجل العادى أن يتفاداه ببذل الجهد المعقول ؛ وهو فى حالتنا يقف عند هلاك البقر . أما الأضرار التالية ، فقد كان فى وسع الرجل العادى أن يتفاداها ببذل جهد معقول ، كأن يستعير لحرث أرضه أبقاراً أخرى بعد أن نفقت أبقاره هو ، أو أن يؤجر أرضه ، إلى غير ذلك من التصرفات التى تقتضيها ظروف الحال .

٣ — يلزم بالنسبة إلى الضرر الناشىء عن الإخلال بالالتزام التعاقدى ، أن يكون متوقعاً وقت إبرام العقد . ومثال الضرر المتوقع وغير المتوقع أن يسافر شخص بحقيبته ، ثم تضيع الحقيبة بخطأ يعزى لأمين النقل ؛ فالذى يتوقع عادة هنا أن تحوى الحقيبة ملابس ونحوها دون المجوهرات النادرة ،

ولذلك فضياع الملابس ونحوها يعتبر ضرراً متوقعاً يلزم التعويض عنه ، فى حين أن ضياع المجوهرات النادرة يعتبر ضرراً غير متوقع ، ومن ثم فلا يحق عنها التعويض .

ويلاحظ أنه يراعى ، فى توقع الضرر أو عدم توقعه ، مقياس مادى مجرد ، أساسه تقدير الرجل المعتاد فى نفس الظروف ، وليس مقياساً ذاتياً أساسه تقدير المدين نفسه . فإذا لم يتوقع المدين شخصياً الضرر ، كأن لم يتوقع المؤجر أن تكون بالعين المؤجرة ميكروبات تنقل العدوى للمستأجر وذويه ، فإن هذا لا يحول دون اعتبار الضرر الناشىء عن هذه الميكروبات للمستأجر متوقعاً ، لأن الرجل العادى يتوقع هذا الأمر .

ويلاحظ أن توقع الضرر لا يكون لازماً ، لإمكان التعويض عنه إلا فى نطاق الإخلال بالالتزام التعاقدى ، وبعبارة أخرى فى دائرة المسئولية العقدية .

فهو لا يلزم فى المسئولية التقصيرية ، حيث يستوى أن يكون الضرر متوقعاً عند وقوع الخطأ أم غير متوقع ، مادام هو فى الحالتين مباشراً . بل إن القول بضرورة توقع الضرر فى المسئولية العقدية لا يصح إلا على أساس أنه يتضمن سرد القاعدة العامة . إذ يرد على هذه القاعدة العامة استثناء هام ، مؤداه مسئولية المدين حتى عن الضرر غير المتوقع ، فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم .

هكذا تختلف المسئولية التقصيرية عن المسئولية العقدية ، بالنسبة إلى توقع الضرر أو عدم توقعه . ففى الأولى ، يلتزم المدين دائماً بتعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع . أما فى الثانية ، فالأصل أن التعويض لا يكون إلا عن الضرر المتوقع ، ولا يكون عن الضرر المتوقع وغير المتوقع ، إلا إذا تضمن الإخلال بالالتزام غش المدين أو خطأه الجسيم .

يقع عبء إثبات الضرر على الدائن . فالأصل أنه لا يكفيه أن يقيم الدليل

على إخلال المدين بالتزامه ، بل يجب عليه أن يقيم الدليل أيضاً على أن هذا الاخلال قد رتب له ضرراً تتوافر فيه الشروط القانونية الموجبة للتعويض .

٥٠ — الشرط الثالث: قيام علاقة السببية بين تقصير المدين والضرر الحاصل للدائن .

تبينا فيما سبق أنه يلزم ، لاستحقاق التعويض على المدين ، أن يقصر فى الوفاء بالتزامه ، وأن ينجم ثمة ضرر للدائن . وفضلا عن هذين الشرطين ، يلزم توافر شرط ثالث وأخير ، وهو أن تقوم رابطة السببية بين تقصير المدين والضرر الناجم للدائن ، بحيث يكون الأول هو السبب الذى أدى إلى حدوث الثانى . فإن انتفت تلك الرابطة ، انعدمت مسئولية المدين .

ولا تعدو فكرة عدم ثبوت التعويض عن الضرر غير المباشر أن تكون نتيجة لانتفاء رابطة السببية بين تقصير المدين والضرر الذى يلحق الدائن . فتمشياً مع مبدأ حسن النية الذى يسود المعاملات ، يفرض القانون على الدائن واجباً مؤداه ألا يركن الى تقصير المدين ويستسلم للضرر الناشىء له من جرائه ، بغية طلب التعويض عنه فيما بعد، بل يحتم عليه هذا الواجب أن يعمد على درء الضرر عن نفسه ببذل الجهد المعقول الذى تتطلبه ظروف الحال . فإن أحجم عن بذل هذا الجهد ، كان بدوره مقصراً ، وكان تقصيره هذا هو السبب الحقيقى لكل ضرر مترتب على إحجامه ، وانقطعت بذلك علاقة السببية بين هذا الضرر وبين تقصير المدين .

٥١ — الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية

عرضنا فيما سبق الأحكام التى يقررها القانون ، بصدد شروط استحقاق التعويض على المدين ، نتيجة عدم تنفيذ التزامه. ويهمنا هنا أن نحدد ما إذا كان من الممكن الاتفاق على تعديل هذه الأحكام .

والاتفاق على تعديل أحكام المسئولية يستهدف أساساً أحد غرضين .

فقد يبتغى به التشديد على المدين ، أى جعل مسئوليته أقسى وأشد من تلك التى تقررها القواعد العامة . وقد يقصد منه إعفاء المدين من المسئولية إعفاء كلياً أو جزئياً ، أى جعله غير مسئول عما يترتب على الإخلال بالتزامه من نتائج ، أو تحديد مسئوليته عن ذلك .

ولا صعوبة بالنسبة إلى الاتفاق على تشديد المسئولية على المدين . فهو جائز ، فى نطاق المسئوليتين التقصيرية والعقدية على السواء . وقد تبينا مظهراً لهذا الاتفاق ، حينما رأينا أنه يجوز التراضى بين الدائن والمدين على اعتبار هذا الأخير معذراً بمجرد حلول الأجل ، بدون حاجة إلى أى إجراء يقوم به الدئن ، كإنذار أو ما يقوم مقامه . ومن شأن هذا الاتفاق ، اعتبار المدين مقصراً فى الوفاء بالتزامه ، ومسئولا بالتالى عن تعويض الضرر الحاصل للدائن نتيجة ذلك ، بمجرد حلول أجل الدين دون أداء الالتزام . وذلك فى حين أن مؤدى القاعدة العامة هو عدم ثبوت التقصير على المدين ، إلا بعد أن يعذره الدائن بالإنذار أو بما يقوم مقامه .

ومن مظاهر التشديد فى المسئولية أيضا ، جواز الاتفاق على اعتبار المدين مسئولا عن عدم الوفاء بالالتزام أو عن التأخير فيه ، إذ كان هذا أو ذاك راجعاً إلى سبب أجنبى لا يد له فيه ، بخلاف ما تقضى به القواعد العامة فى هذا الصدد ، على نحو ما بينا [1] . ومثال هذه الحالة أن يرتضى أمين النقل المسئولية عن عدم تنفيذ التزامه بتوصيل الراكب أو بضاعته سالماً ، إذا أدى إليه حدث معين ، عاصفة هوجاء أو تصادم أو انفجار ، مثلا . وفى ذلك تقضى المادة ١/٢١٧ بأنه : « يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين على تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة » .

يظهر مما سبق أن الاتفاق على تشديد المسئولية على المدين جائز بصفة مطلقة . والعلة فى جواز هذا الاتفاق أن المدين ، بإخلاله بمقتضى التزامه ،

---

(١) أنظر ما سبق ، نبذة ٤٤ .

يعتبر مقصراً ، ولا يكون بالتالى جديراً بحماية القانون ، الذى يتركه خاضعاً للتشديد الذى يرتضيه .

وإذا كان الاتفاق على تشديد المسئولية على المدين يقع سائغاً ، فهل يسرى نفس الحكم بالنسبة إلى الاتفاق على إعفائه من المسئولية ؟

يختلف الوضع فى هذا المجال اختلافا أساسياً باختلاف نوعى المسئولية ، تقصيرية كانت أم عقدية .

ففى المسئولية التقصيرية ، أو المسئولية عن العمل غير المشروع ، يقع الاتفاق على الاعفاء من المسئولية باطلا بطلانا مطلقاً ، أيا ما كانت درجة الخطأ الذى يعزى للمدين ، أى حتى لو كان هذا الخطأ يسيراً . والعلة فى ذلك أن تلك المسئولية تثبت عند إخلال المدين بالتزام يفرضه عليه القانون بصفة مباشرة ، بغية استتباب الأمن والنظام فى الدولة ، وهو عدم الانحراف فى سلوكه عن السلوك الذى يتبعه الرجل اليقظ المتبصر الحريص . وعلى ذلك فالمسئولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام فى الصميم ، ويقع باطلا كل اتفاق يستهدف الاعفاء أو التخفيف منها ، حتى فى حالة الخطأ اليسير . وتستوى فى هذا الأمر ، مسئولية الشخص عن أفعال نفسه وعن افعال غيره[1] .

وقد تضمنت المادة ٢١٧/٣ هذا الحكم بقولها : « ٣ — ويقع باطلا كل شرط يقضى بالاعفاء من المسئولية المترتبة عن العمل غير المشروع » .

أما فى المسئولية العقدية ، فالأصل أن الاتفاق على الاعفاء منها جائز .

---

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يفهم منه جواز الاتفاق على إعفاء المدين ، فى المسئولية التقصيرية ، من مسئوليته عن فعل الغير الذين يكلفه القانون برعايتهم حتى لو وصل الخطأ الواقع من هؤلاء إلى مرتبة الغش . فقد جاء فى تلك المذكرة ما يأتى : « كما أن للافراد أن يتفقوا على الاعفاء من المسئولية الناشئة عن خطأ من يسألون عن أعمالهم بل وعن الغش الواقع من هؤلاء ، سواء أكانت المسئولية تعاقدية أم تقصيرية (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٥٥٣) » . وهذا القول ، وإن صح بالنسبة إلى المسئولية العقدية ، إلا أنه لا يصح بالنسبة إلى المسئولية التقصيرية ، لتعارضه مع نص المادة ٢١٧/٣ التى تقضى ببطلان كل شرط يقضى بالاعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع .

وعلة هذا الجواز أن العقد هو الذى يولد بنفسه الالتزام الذى يرتب الإخلال بهالمسئولية على المدين . فكأنالمسئولية هنا تقرر نتيجة الاتفاق ؛ وما يولده الاتفاق ، يستطيع بنفسه أن ينسخه .

وإذا كان الأصل هو جواز الاتفاق على الاعفاء منالمسئوليه التعاقدية ، إلا أنه يرد على هـذا الأصل استثناء هام بالنسبة إلى الغش أو الخطأ الجسيم الواقع من المدين نفسه فى تنفيذ التزامه . فلا يجوز الاعفاء من المسئولية الناشئة عن غش المدين أو خطئه الجسيم . والسبب فى ذلك أنه يتنافى مع النظام العام أن يترك المدين فى حل من أن يلجأ ، فى تنفيذ التزاماته ، إلى الغش ، أى إلى الخطأ المتعمد منه ، دون أن يقع تحت طائلة الجزاء[1] . وقد سوى القانون بالغش الخطأ الجسيم ، لأنه يتضمن فى الغالب من الأمر نية العمد ، وإن تعذر إثباتها .

ولا يقع الحظر ، فى صـدد الاعفاء من المسئولية ، إلا بالنسبةإلى غش المدين نفسه وخطئه الشخصى الجسيم . فهو لا يتناول الغش أو الخطأ الجسيم الواقع من اتباعه الذين يستخدمهم فى تنفيذ التزاماته . وهكذا فإن امتنع الاتفاق على الاعفاء من المسئولية فى حالة غش المدين نفسه أو خطئه الشخصى الجسيم ، فلا يوجد ثمة ما يحظره فى حالة ما إذا كان الاخلال بالالتزام ناشئا بسبب خطأ اتباع المدين ، حتى لو وصل هـذا الخطأ إلى مرتبة الغش أو الخطأ الجسيم . ومثال هذه الحالة ، أن يتفق المؤجر مع المستأجر على عدم مسئوليته

---

(١) وقد جرت عادة الفقهاء على أن يفسروا بطلان شرط الإعفاء من المسئولية العقديه فى فى حالة الغش ، بقولهم أنه يترتب على القول بصحة هذا الشرط أن يكون تنفيذ الالتزام متروكا لمحض إرادة المدين ، الأمر الذى يجعله مقترناً بشرط واقف محض إرادى للملتزم (أنظر فى هذا المعنى : أستاذنا السنهورى ، الوسيط ج ١ نبذة ٤٣٩ — سليمان مرقس ، أحكام الالتزام نبذة ٨٧) — ونحن لا نقر هذا التفسير ، ونفضل عليه ذلك الذى أظهرناه فى المتن ، لأنه لو كان من شأن الاعفاء من المسئولية فى حالة الغش أن يجعل الالتزام مقترناً بشرط محض إرادى للملتزم ، لترتب على ذلك بطلان الالتزام نفسه (المادة ٢٦٧) . فى حين أن الإعفاء من المسئولية هو وحده الذى يبطل ، ويظل الالتزام قائما .

عن السرقة التى تقع من البواب[1] ، وأن يتضمن عقد النقل شرطا يقضى بإعفاء أمين النقل من الخطأ الذى يقع ممن يستخدمهم إضراراً بالراكب أو بالأمتعة المنقولة .

يخلص مما سبق أن شرط الإعفاء فى المسئولية العقدية ، بخلاف المسئولية التقصيرية ، يقع فى الأصل صحيحا . ولا يستثنى من هذا الأصل إلا حالة الغش أو الخطأ الجسيم الواقع من المدين شخصيا فى تنفيذ التزاماته ، دون الغش أو الخطأ الجسيم الواقع من أتباعه . وفى هذا تقضى المادة ٢١٧/٢ بأنه : « ٢ — وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه » .

ويلاحظ أن المقصود بشرط الاعفاء من المسئولية الذى تناولناه فيما سبق هو ذاك الذى يتفق عليه قبل الإخلال بالالتزام . أما إذ اتفق على هذا الشرط بعد وقوع الإخلال بالالتزام ، فإنه يقع دائماً صحيحاً ، حتى فى المسئولية التقصيرية ، وحتى فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم . لأن الإعفاء من المسئولية هنا لا يعدو أن يكون نزولا من الدائن عن حقه فى التعويض بعد أن يكون قد ثبت له ، والنزول عن الحق من صاحبه ، بعد ثبوته ، صحيح كأصل عام .

هذه هى أحكام تعديل المسئولية بمقتضى الاتفاق تشديداً وإعفاء . وغنى

---

(١) ويلاحظ أن الخلاف قد ثار حول تحديد طبيعة مسئولية المؤجر عن أفعال اتباعه ، هل تعتبر تقصيرية أم عقدية . ولهذا الأمر أهمية جوهرية عند الاتفاق على الاعفاء من المسئولية . فإذا اعتبرت مسئولية المؤجر تقصيرية ، كان شرط الاعفاء باطلا . أما إذا كانت عقدية ، كان هذا الشرط صحيحاً حتى فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم الواقع من أتباع المؤجر (دون حالة الغش أو الخطأ الجسيم الواقع من المؤجر نفسه) . والرأى الراجح الذى نراه صواباً هو اعتبار مسئولية المؤجر عن أفعال أتباعه الذين يستخدمهم فى تنفيذ التزاماته نحو المستأجر عقدياً وليست تقصيرية . أنظر فى هذا المعنى مؤلفنا عقد الايجار ج ١ نبذة ١٥٢ وانظر عكس هذا الرأى استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٨ ، ب ٥٠ ص ٨٥ .

عن البيان أنه يلزم ، للقول بوجود شرط يستهدف هذا الغرض أم ذاك ، ان يظهر بوضوح وجلاء أن نية الدائن والمدين المشتركة قد انصرفت إليه ، وفى الحدودالتى ترسمها . فإذاوجد ثمة شك فى وجود هذا الشرط أوفى مداه ، وجب تفسيره على النحوالذى يتفق معأحكام المسئولية وفقاً للقواعدالعامة . إذ أن الشرط الذى يعدل من أحكام المسئولية وفقاً لما يقرره القانون لايفترض ولايتوسع فىتفسيره[1] . وتمشيا مع هذه الفكرة ، يجب التحرز فى إعمال أثر شرط الإعفاء من المسئولية الذى يقتصر المدين على تحريره ووضعه فى مكان يستطيع الدائن الاطلاع عليه ، كما إذا ضمنه « بوليصة الشحن » أو « تذكرة السفر » أو فى ورقة معلقة على جدار غرفة الفندق أو المطعم . فيغلب أن يثور الشك هنا حوله ما إذا كان الدائن قد اطلع فعلا على هذا الشرط وقبله، أم أنه لم يفعل ذلك .

لم يبق من أحكام تعديل المسئولية بمقضى الاتفاق ، إلا أن نلفت النظر إلى وجوب التحرز من الخلط بين الإعفاء من المسئولية والتأمين عليها . فكل من هذين النظامين مختلف عن الآخر فى غايته . ففى حين أن الإعفاء من المسئولية يستهدف رفعها عن المدين وإسقاط حق الدائن فى التعويض ، برغم وقوع الإخلال بالالتزام ، يستهدف نظام التأمين الإبقاء على مسئولية المدين إزاء الدائن ، وبقاء حق هـذا الأخير فى التعويض ؛ كل ما فى الأمر أن المدين هنا يلجأ إلى إلقاء عبء مسئوليته على المؤمن الذى يدفع عنه التعويض لدائنه ، وذلك فى مقابل أقساط التأمين التى يدفعها له . وهكذا يظهر أنشرط الاعفاءيضر بالدائن ، فىالحالات التىيقع فيها صحيحا، بطبيعة الحال . فى حين أن التأمين على مسئولية المدين ينفع دائنه ؛ إذا أنه يفتح له سبيلا جديداً لاستيفاء التعويض الذى يثبت له ، وهو مطالبة المؤمن به ، وذلك إلى جانب الطريق الأصلى ، وهو مطالبة المدين .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى : مؤلفنا عقد الايجار ، نبذة ٩١ والهامش رقم٢ص ١٤٣ .

٥٢ — تقدير التعويض

إذا توافرت شروط استحقاق التعويض التي حددناها فيما سبق ، ولم يكن هناك شرط صحيح يعفي المدين منه ، بقي لحصول الدائن عليه ، أن يتحدد في طبيعته وفي مقداره .

والأصل أن القاضي هو الذي يقدر التعويض في طبيعته وفي مداه . ولا يخالف هذا الأصل إلا إذا تحدد التعويض بنص في القانون أو بمقتضى اتفاق صحيح . وفي هذا جاءت المادة ٢٢١/١ في مستهلها تقول : « ١ — إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره . . . . » . وهكذا فالتعويض القضائي هو الأصل ، وكل من التعويض الاتفاقي والقانوني استثناء .

والقاعدة العامة في التعويض أن يتم عينا ، أي أن يستهدف إزالة نفس الضرر الذي لحق الدائن . ويجب على القاضي أن يحكم به ، إذا طلبه الدائن وكان ممكناً من غير إرهاق للمدين . ومثال التعويض العيني إزالة البناء الذي شيده المدين إخلالا بالتزام يقضي بامتناعه عن إقامته ، وإغلاق متجر فتحه صاحبه مخالفاً به التزاما يقضي عليه بالامتناع عن فتحه ، حتى لا يسبب لدائنه المنافسة في التجارة . أما إذا كان التعويض العيني غير ممكن أو كان فيه إرهاق للمدين من غير أن تحتمه مصلحة الدائن ، ساغ للقاضي أن يجعل التعويض نقدياً ، أي أن يقدره بمبلغ من النقود . والتعويض النقدي هو الغالب في العمل .

ويتحدد التعويض في مقداره بما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا وذاك نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، بمعنى ألا يكون في وسع الدائن أن يتفاداه ببذل الجهد المعقول (المادة ٢٢١/١) . مع ملاحظة أنه لا يعتد ، عند الاخلال بالتزام التعاقدي ، إلا بالضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ، ما لم يكن الاخلال ناشئا

عن غش المدين أو خطئه الجسيم ، حيث يسأل المدين هنا عن الضرر متوقعاً كان أم غير متوقع (المادة ٢٢١/٢) ، شأنه فى هذا شأن المدين فى المسئولية التقصيرية .

هكذا يبين أن التعويض يتحدد فى مقداره بمدى الضرر الذى لحق الدائن ، بشرط أن يكون محققاً ومباشراً ومتوقعاً فى الحدود التى رسمناها ، وسواء بعد ذلك أن يكون الضرر مادياً أم أدبياً .

٢ — التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى

٥٣ — الأصل ، كما بينا أن القاضى هو الذى يقدر التعويض ، عند استحقاقه على المدين . وقد يعمد الدائن والمدين إلى الاتفاق سلفاً على تحديده بدلا من القاضى . ويسمى هذا الاتفاق بالشرط الجزائى ، على اعتبار أنه يتضمن الجزاء الذى يتحمل به المدين عند الاخلال بالتزامه . والأصل أن هذا الشرط يقع صحيحاً وينتج أثره ، إعمالا لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين .

والشرط الجزائى clause pénale كثير الشيوع فى العمل ، بالنسبة إلى الالتزامات الناشئة من العقد . بل إنه يندر عملا أن نجد عقداً لا يتضمنه . ومثاله أن يتضمن عقد المقاولة شرطا يلزم المقاول بدفع مبلغ معين من النقود ، إذا لم ينفذ التزامه بتشييد دار مثلا ، أو أن يدفع هذا المبلغ عن كل يوم أو عن كل شهر أو عن أية فترة أخرى من الزمن يتأخر فيها عن تشييد الدار وتسليمها . ومثال الشرط الجزائى كذلك أن يتضمن عقد البيع شرطا يقضى بدفع البائع مبلغاً من النقود ، إذا امتنع عن التصديق على توقيعه تمهيداً لاجراء التسجيل أو تأخر فى إجرائه ، وأن يتضمن عقد الايجار شرطا يقضى بقيام المؤجر بدفع مبلغ محدد إذا لم يسلم العين المؤجرة للمستأجر أو تأخر فى ذلك ، وأن يتعهد ممثل بأن يدفع مبلغاً محدداً إذا مثل على مسرح معين بمخالفة

التزام يثقل كاهله ويفرض عليه عدم التمثيل عليه ، إلى غير ذلك من ضروب الاتفاق على الشرط الجزائى التى لا تتناهى ولا تقع تحت حصر .

والأصل أن الشرط الجزائى يقوم على إلزام المدين بدفع مبلغ نقدى ، عند الاخلال بالتزامه . ولكن لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يقوم على شيء آخر غير النقود ، كما إذا تضمن عقد الايجار شرطا يقضى بوجوب إخلاء المستأجر الأرض من الزراعة وتسليمها إلى المؤجر فى وقت معلوم ، وإلا كانت الزراعة القائمة فى هذا الوقت ملكا للمؤجر [١] ، وكما إذا اتفق على تقسيط الدين وعلى حلول كل الأقساط الباقية إذا تأخر المدين فى دفع أحدها .

٥٤ — طبيعة الشرط الجزائى وخصائصه

الشرط الجزائى لا يعدو أن يكون تقديراً اتفاقيا للتعويض عن عدم تنفيذ التزام معين أو عن التأخر فيه ، يقع قبل الاخلال بالالتزام . فهو لا ينشأ بذاته التزاما ما ، ولا يستهدف إلا تحديد مقدار التعويض عن الاخلال بالتزام موجود من قبل ، ويحل بذلك محل تقدير القاضى . ومن هذا يبين أن الشرط الجزائى يتميز بالخصائص الآتية :

١ — الشرط الجزائى مجرد تقدير للتعويض الذى يثبت فى ذمة المدين نتيجة إخلاله بالتزامه . فهو لا ينشأ التزاما جديداً . فإذا وجد فى عقد المقاولة، مثلا ، شرط جزائى يقضى بدفع المقاول مبلغاً محدداً من النقود عند عدم تسليم الدار التى التزم بتشييدها فى ميعاد مضروب ، وتأخر المقاول بالفعل فى الوفاء بالتزامه ، وتحمل بالمبلغ السابق نتيجة ذلك ، فإنه لا يعتبر مثقلا بالتزام جديد أنشأه الشرط الجزائى فى ذمته . فهو لم يتحمل إلا بالالتزام الأصلى ، وهو تشييد الدار وتسليمها فى الميعاد المحدد . كل ما فى الأمر أنه أخل بهذا الالتزام

---

(١) استئناف مصر ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ ، المحاماه س ٣ ص ٢١٤ .

وانشغلت مسئوليته نتيجة هذا الاخلال ، وتحدد التعويض الذى يتحمله من جراء ذلك ، وفقا لما جاء فى الشرط الجزائى .

٢ — لما كانت الغاية من الشرط الجزائى هى مجرد تحديد التعويض المستحق عن الإخلال بالتزام ما ، فهو لا يمكن أن يقوم مستقلا بذاته ، بل لابد أن يستند فى ذات وجوده إلى ذلك الالتزام . فالشرط الجزائى اتفاق تابع يستهدف خدمة التزام معين ، عن طريق تحديد التعويض المستحق عن الإخلال به . وفى هذا يتشابه مع الكفالة والرهن وغيرهما من التأمينات ، حيث تستهدف بدورها خدمة التزام أصلى ، ولكن عن طريق آخر ، هو ضمان الوفاء به .

ويترتب على كون الشرط الجزائى اتفاقاً تابعاً للالتزام الأصلى الذى يستهدف خدمته عن طريق تحديد التعويض المستحق عن الاخلال به ، نتيجة بالغة الأهمية ، وهى ان الأول لا يقوم إلى إذا قام الثانى صحيحاً ، وهو يزول إذا ما زال . وما ذلك إلا إعمال لفكرة التابع يتبع متبوعه ، أو التابع يتبع الأصل . فإذا وقع الالتزام الأصلى باطلا ، بطل الشرط الجزائى بدوره . ومثال ذلك أن يتعهد شخص لآخر بأن يقتل ثالثاً ، وأن يدفع له ، كشرط جزائى، ١٠٠٠ جنيه إذا لم ينفذ القتل . هنا يقع الالتزام الأصلى باطلا ، ويبطل الشرط الجزائى تبعاً لبطلانه لانعدام موضوعه . ومثال الحالة التى نحن بصددها أيضاً أن يتعهد زوج بأن يدفع لزوجته مبلغاً من المال على سبيل الشرط الجزائى ، إذا ما طلقها ؛ فهنا يقع تعهد الزوج بعدم طلاق زوجته باطلا لمخالفته للنظام العام ، ويبطل بدوره الشرط الجزائى .

وإذا وجد الالتزم الأصلى صحيحاً ثم زال بانقضائه أو بإبطال العقد الذى ولده أو بفسخه أو بزواله لأى سبب آخر ، ترتب على ذلك زوال الشرط الجزائى بالتبعية . ومثال ذلك أن يتقرر إبطال أو فسخ عقد المقاولة الذى تضمن شرطاً جزائياً يقضى بأن يدفع المقاول مبلغاً من النقود إذا أخل

بتنفيذ التزامه ، أو إبطال أو فسخ عقد البيع الذى يتضمن شرطاً جزئياً يحمل البائع بمبلغ من النقود إذا لم ينفذ التزامه بنقل الملكية أو بالتسليم ؛ فى مثل هذه الحالة يزول الالتزام الأصلى المخدوم بالشرط الجزائى ، ويزول هذا الأخير بالتبعية . وإذا لزم هنا التعويض على المقاول أو على البائع ، كما إذا كان فسخ العقد حاصلا نتيجة خطئه ، فإنه لا يأخذ فى تحديده بالشرط الجزائى ، لزواله تبعاً لزوال الالتزام الأصلى ، وإنما يعمل فى صدده بالقواعد العامة التى تترك تحديده لتقدير القاضى . وكذلك لا يعمل بالشرط الجزائى ، إذا استحال تنفيذ الالتزام الأصلى بقوة قاهرة . فإذا وجد شرط جزائى يقضى على البائع بدفع مبلغ معين من النقود إذا لم ينفذ التزامه بنقل الملكية للمشترى ، ونزعت ملكية المبيع للمنفعة العامة ، وترتب على ذلك استحالة تنفيذ الالتزام ، فإن البائع لا يكون ملتزماً بدفع قيمة الشرط الجزائى ؛ لأن الالتزام بنقل الملكية هنا يزول لاستحالة تنفيذه بقوة قاهرة ، ويزول الشرط الجزائى تبعاً لزواله .

ويلاحظ أنه إذا أخذ الشرط الجزائى مصير الالتزام الأصلى الذى يستهدف تحديد التعويض عن الإخلال به ، فإن العكس غير صحيح . فمن الممكن أن يبطل الأول أو يزول ، مع بقاء الثانى صحيحاً . فإن أخذ التابع مصير المتبوع ، فإن المتبوع لا يمشى فى ركاب تابعه . ومثال هذه الحالة ، أن يتفق على الشرط الجزائى فى عقد لاحق للعقد الذى ولد الالتزام الأصلى ويبطل العقد الأول لعيب خاص به ، دون الثانى . ومثال هذه الحالة أيضاً بطلان الشرط الجزائى الذى يقضى بتملك المرتهن العين المرهونة عند عدم وفاء الدين المضمون ، والشرط الجزائى الذى يمنح المرتهن عند عدم دفع الدين المضمون بالرهن ، الحق فى بيع الشىء المرهون من غير اتباع الإجراءات القانونية ؛ ففى هذه الحالة ، يبطل الشرط الجزائى لعيب خاص به ، هو عدم مشروعية موضعه ، ولا يمس هذا البطلان الالتزام الأصلى .

٣ — مادامت الغاية من الشرط الجزائى هى مجرد تقدير التعويض المستحق

عن الإخلال بالتزام ، فهو لا يعمل به إلا عند استحقاق هذا التعويض على المدين . ولما كان الأصل هو التنفيذ العيني للالتزام ، كما سبق أن بينا ، وأنه لا يلجأ إلى التعويض إلا عند تعذر إجرائه أو اتفاق الدائن والمدين كليهما على الاستعاضة عنه به، فلا يسوغ للدائن وحده ولا للمدين وحده أن يتحلل من التنفيذ العيني للالتزام ،مادام ممكناً ، عن طريق دفع قيمة الشرط الجزائى . فالشرط الجزائى لا يجعل من الالتزام الأصلي التزاماً تخييراً ، يكون للدائن أو المدين بمقتضاه أن يستأدى أو يؤدى ذات موضوعه أو قيمة الشرط الجزائى ، أيهما يراه أوفق لمصلحته . بل يبقى موضوع الالتزام كما كان من قبل ، ويتحتم الوفاء به عيناً ، كأصل عام ، ولا يلجأ إلى إعمال الشرط الجزائى إلا إذا تعذر التنفيذ العيني ، أو ارتضى الدائن والمدين كلاهما الاستعاضة بالأول عن الثانى . فالبيع الذى يتضمن شرطاً جزئياً يقضى با فع البائع مبلغاً من النقود ، إذ لم يقم بتنفيذ التزامه بنقل الملكية ، لا يخول هذا الأخير الحق فى أن يتنصل من التنفيذ العينى لالتزامه عن طريق دفع المبلغ المتفق عليه ، مادام هذا التنفيذ لازال ممكنا وأصر عليه المشترى . وكذلك لا يسوغ للمشترى أن يطالب بقيمه الشرط الجزائى بدلا من نقل ملكية البيع إليه ، مادام البائع يعرض استعداده لتنفيذ هذا النقل . وهكذا فالشرط الجزائى لا ينهض وسيلة للتحلل من التنفيذ العينى عند إمكانه . بل يبقى هذا التنفيذ هو الأصل . وللمدين أن يصر على إجرائه دون الشرط الجزائى . وللدائن أن يصر على اقتضائه ، وأن يتخذ الوسائل القانونية التى من شأنها أن تؤدى إليه ، ومن بينها الحكم على المدين بالغرامة التهديدية .

٤ — الشرط الجزائى هو تقدير اتفاقى للتعويض . فمصدره إذاً هو العقد . ويترتب على ذلك خضوعه من حيث صحته للقواعد العامة التى تحكم العقود .

٥ — الشرط الجزائى هو تقدير للتعويض سابق على الإخلال بالتزام . فإذا تم الاتفاق على مبلغ التعويض بعد أن تحقق الاخلال بالالتزام ، ما اعتبر

هـذا الاتفاق متضمناً شرطاً جزائياً ، وما أخذ حكمه ، بل اعتبر اتفاقاً من نوع آخر ، يغلب أن يكون صلحاً .

فمن أسس الشرط الجزائى أن يحصل الاتفاق عليه مقدماً ، أى قبل أن يخل المدين بالتزامه . ولكن ليس معنى هذا ضرورة أن يجىء الشرط الجزائى معاصراً فى نشوئه للالتزام الأصلى الذى يستهدف تحـــديد التعويض عن الإخلال به ؛ فقد يولد معه فى نفس العقد ؛ وقد يتفق عليه فى عقد لاحق ، بشرط أن يتم قبل الإخلال به . وفى هذا تقضى المادة ٢٢٣ بأنه : « يجوز للمتعاقدين أن يحدا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد أو فى اتفاق لاحق ، ويراعى فى هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠ » .

٥٥ — التفرقة بين الشرط الجزائى والغرامة التهديدية

قد يثور اللبس بين الشرط الجزائى وبين بعض الأنظمة الأخرى ، لا سيما الغرامة التهديدية والعربون . ويجب عدم الخلط بين هـذه الأنظمة جميعاً ، لاختلاف الحكم فى كل .

فالشرط الجزائى يختلف عن الغرامة التهديدية فى طبيعة كل منهما وفى مصدرها . فالأول تقدير اتفاقى للتعويض ، كما بينا ، فى حين أن الثانية لا تعدو أن تكون وسيلة تهديدية يسلطها القاضى على المدين بقصد الضغط عليه وحمله على تنفيذ التزامه . ويترتب على هذا الاختلاف الجوهرى فى طبيعة كل من النظامين اختلاف الآثار المترتبة عليهما . وأهم أوجه الخلاف فى آثار النظامين ما يأتى :

١ — لما كان الشرط الجزائى يستهدف تقدير التعويض عن الإخلال بالالتزام ، تعين طرح حكمه ، إذا أثبت المدين انتفاء الضرر عن الدائن (المادة ٢٢٤/١) . أما الغرامة التهديدية ، فلا يلزم ، للحكم بها ، ثبوت الضرر للدائن ؛ لأن الغاية منها هى مجرد حمل المدين على أداء التزامه .

٢ — يلزم للحكم بقيمة الشرط الجزائى ، أن تكون متناسبة مع الضرر الذى حصل بالفعل للدائن ؛ فإن ثبت أنها تتضمن مبالغة كبيرة ، جاز للقاضى أن يخفضها إلى الحد المناسب . أما فى الغرامة التهديدية ، فلا يلزم إطلاقاً أن يكون القدر الذى يحكم به القاضى منها متناسب مع الضرر ، حتى تتضمن معنى التهديد والإكراه الذى تتغياه .

٣ — الحكم بالشرط الجزائى يحوز حجية الأمر المقضى ، ولا يسوغ للقاضى أن يرجع فيه أو يعدل منه ، إلا فى حدود ما تجيزه طرق الطعن فى الأحكام . لأنه حكم بالتعويض . أما الحكم بالغرامة التهديدية ، فلكونه مجرد حكم تهديدى ، يقع دائماً مؤقتا ، ويستطيع نفس القاضى الذى أصدره أن يعدل فيه إلغاء أو زيادة أو نقصانا ، على ضوء مايبين له من مسلك المدين .

٤ — الحكم بقيمة الشرط الجزائى يجوز تنفيذه ؛ لأنه حكم بالتعويض ، أى حكم بحق . أما الحكم بالغرامة التهديدية ، فغير قابل للتنفيذ ؛ لأنه حكم تهديدى لا يقرر حقاً .

٥٦ — التفرقة بين الشرط الجزائى والعربون

وكما تجب التفرقة بين الغرامة التهديدية والشرط الجزائى ، يلزم أيضاً عدم الخلط بين هذا النظام الأخير وبين العربون . فالحق أن بين الشرط الجزائى والعربون شبها ظاهراً . ويرجع هــذا الشبه إلى وحدة المصدر . فكل من النظامين اتفاقى النشأة . ولكن عندهذا الحد يقف الشبه ، ويثور الخلاف . ويتركز هــذا الخلاف فى طبيعة كل من النظامين . فالشرط الجزائى تقدير للتعويض ، كما بينا . فى حين أن العربون فى العادة هو المقابل الذى يتفق عليه نظير عدول أحــد المتعاقدين عن العقد الذى سبق إبرامه (المــادة ١٠٣) . ويترتب على هــذا الخلاف الجوهرى فى طبيعة كل من النظامين اختلاف الآثار المترتبة عليهما ، وذلك على النحو الآتى :

١ — العربون يمنح المتعاقد الحق فى العدول عن الصفقة وعدم التقيد بالالتزامات التى من شأنها أن ترتبها ، وذلك فى نظير دفعه للطرف الآخر . وهكذا يثبت للمتعاقد بالعربون الخيار بين أن يتقيد بالعقد ، وأن يعدل عنه. أما الشرط الجزائى ، فلكونه مجرد تقدير للتعويض ، فهو لا يمنح المدين الخيار بين أن ينفذ التزامه وبين أن يتنصل منه . فالأصل أنه المدين هنا يبقى ملزماً بالتنفيذ العينى لالتزامه ، ويستطيع الدائن أن يجبره عليه ما دام ممكنا . ولا يعمل بالشرط الجزائى إلا عند تعذر حصول الدائن على التنفيذ العينى ، أو اتفاق الدائن والمدين على الاستعاضة به عنه .

٢ — القيمة المتفق عليها كعربون تعتبر مقابلا أو ثمناً لحق المتعاقد فى العدول عن الصفقة التى أبرمها . فإذا حصل هذا العدول ، كان العربون من حق المتعاقد الآخر ، حتى لو كان غير متناسب مع مدى الضرر الذى حصل له ، بل حتى لو ثبت أنه لم يقع به أى ضرر (المادة ١٠٣/٢) . وهكذا لا يخضع العربون لتقدير القاضى ، بل يتحتم عليه أن يقضى به كاملا . أما الشرط الجزائى فهو مجرد تقدير للتعويض ، الأمر الذى يقتضى وجوب تناسبه مع الضرر الحاصل للدائن ، كقاعدة عامة . ولذلك يخضع الشرط الجزائى لتقدير القاضى الذى يجب عليه أن يطرح حكمه تماماً وألا يحكم منه بشىء إذا ثبت أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ، كما يجوز له أن يخفض قيمته إذا ثبت أن تقديره كان مبالغاً فيه إلى حد كبير .

٥٧ — شروط إعمال الشرط الجزائى

الشرط الجزائى مجرد تقدير اتفاقى لمقدار التعويض الذى يستحق على المدين بسبب عدم أدائه التزامه أو التأخر فيه . فهو لا ينشأ بذاته التزاماً ما . يترتب على ذلك أنه يلزم ، لإعمال حكمه ، أن يستحق التعويض على المدين . وذلك ، بطبيعة الحال ، فضلا عن وجوب صحة الاتفاق الذى يقضى به ، وفقاً للقواعد العامة .

وهكذا يلزم ، لإعمال الشرط الجزائى ، أن يستحق التعويض على المدين. والتعويض لا يستحق على المدين، إلا إذا توافرت شروطه العامة التى حددناها فيما سبق ، وهى التقصير والضرر وعلاقة السببية . وقد أشارت المادة ٢٢٣ إلى تلك الشروط بقولها : « يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد أو فى اتفاق لاحق ، وتراعى فى هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠ (وهى المواد التى تحدد شروط استحقاق التعويض بوجه عام) » .

فكما هى الحال فى التعويض القضائى ، يلزم لإعمال حكم الشرط الجزائى ، أن يقع تقصير من المدين فى الوفاء بالتزامه . وتسرى هنا نفس الأحكام التى عرضناها فيما سبق بشأن تقصير المدين . ونذكر بأن هذا التقصير ، لكى يثبت على المدين ، يجب ألا يقع التنفيذ العينى الكامل للالتزام ، وأن ينسب هذا الاخلال إلى المدين، بمعنى ألا يرجع إلى سبب أجنبى عنه لا يد له فيه، وان يعذر الدائن المدين مطالبا إياه بتنفيذ التزامه ، ثم يستمر الاخلال بالالتزام إلى ما بعد حصول الاعذار بوقت معقول . وكل هذه الأمور يلزم توافرها لإعمال حكم الشرط الجزائى . فإن انتفى الاخلال بالالتزام ، كما وكيفا وزمنا ، ما عمل بالشرط الجزائى [1] . ويسرى نفس الحكم ، إذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعا إلى سبب أجنبى عن المدين . وكذلك يلزم ، لإعمال الشرط الجزائى ، إعذار المدين ، ما لم يكن هذا الاعذار غير لازم .

ويجب لإعمال حكم الشرط الجزائى ، أن يترتب على تقصير المدين فى الوفاء بالتزامه ضرر للدائن . فإن انتفى الضرر عن الدائن ، امتنع التعويض

---

(١) ويترتب على ذلك انه إذا عقدت الخطبة بين رجل وإمرأة ، واتفق على أن يدفع من يعدل عنها للطرف الآخر مبلغاً من المال على سبيل الشرط الجزائى ، فلا يعمل بهذا الشرط لمجرد العدول عن الخطبة فى ذاته لأن العدول عن الخطبة حق متعلق بالنظام العام ، ومن يستعمل حقه يحطى ، مادام لا يتجاوز نطاقه . ولكن يعمل بالشرط الجزائى ، إذا ثبت أن الخاطب الذى عدل عن إتمام الزواج قد أساء استعمال حقه فى هذا العدول ، كما إذا انتفى المبرر المعقول لعدوله ، بعد ان تمادى فى الظهور مع خطيبته أمام الناس .

عن المدين ، وكان الشرط الجزائى الذى يستهدف تحديد مقدار هذا التعويض غير ذى موضوع . وفى ذلك تقضى المادة ٢٢٤/١ بأنه : « ١ — لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » .

ويلاحظ أنه يظهر من هذا النص أن ثمة فارقاً بسيطاً بين اشتراط الضرر فى التعويض القضائى وبين اشتراطه فى التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى . ويتعلق هذا الفارق بعبء الاثبات . ففى حين أن عبء إثبات الضرر فى التعويض القضائى يقع على الدائن ، كما بينا ، يتحمل المدين بهذا العبء فى الشرط الجزائى . فالقانون فى الشرط الجزائى يفترض حدوث الضرر للدائن بمجرد الاخلال بالالتزام ، كما يفترض أيضاً أن مداه يتناسب مع قيمة الشرط الجزائى . فإن أدعى المدين انتفاء الضرر عن الدائن أو أنه يقل فى مداه كثيرا عن قيمة الشرط ، تحمل عبء إثبات إدعائه .

ويلزم فى النهاية لأعمال حكم الشرط الجزائى ، أن تقوم علاقة السببية بين تقصير المدين والقدر الناجم للدائن .

٥٨ — أثر الشرط الجزائى :

إذا استوفى الشرط الجزائى شروط تطبيقه التى سبق بيانها ، تعين إعمال أثره . ويتركز هذا الأثر فى أن القاضى ، عند إخلال المدين بالتزامه ، يحكم عليه بنفس المبلغ الذى تضمنه الشرط الجزائى . بيد أن هذا الحكم ليس مطلقا . إذ يثبت للقاضى ، بصدد الشرط الجزائى ، سلطة كبرى ، يستهدف بها التأكد من مجيئه متفقاً مع طبيعته ، من حيث أنه لا يعدو أن يكون تقديراً للتعويض عن الضرر الحاصل للدائن من جراء الاخلال بالتزام ، وذلك فضلا عن عدم مخالفته للقواعد القانونية العامة . وتقوم السلطة التى تثبت للقاضى ، بصدد الشرط الجزائى ، على إمكان تخفيض قيمته أو حتى عدم الحكم بشىء منه ، وعلى إمكان الحكم على المدين بتعويض يزيد على تلك القيمة ، وهذا وذاك فى حالات خاصة . ونتناول هذين النوعين من الحالات بالبيان :

٥٩ — (١) حالات إنقاص قيمة الشرط الجزائى

الغاية من الشرط الجزائى ، كما بينا مراراً ، هى تحديد مقدار التعويض عن الضرر الذى ينال الدائن من جراء عدم تنفيذ المدين التزامه أو تأخره فيه . فهو ليس إجراء تهديدياً . يترتب على ذلك وجــــوب أن يتناسب الشرط الجزائى ، فى قيمته ، مع مدى الضرر الذى لحق الدائن بحيث لا يزيد عليه ، أو فى الأقل لا يزيد عليه بمدى كبير . وللوصول إلى هذا التناسب ، يثبت للقاضى تخفيض قيمة الشرط الجزائى فى الحالات الثلاثة الآتية :

١ — إذا كانت قيمة الشرط الجزائى تزيد كثيراً على مدى الضرر الذى نال الدائن ، كما إذا ارتضى المقاول أن يدفع عشرة جنيهات عن كل يوم من أيام التأخير فى تشييد الدار وتسليمها لصاحبها ، برغم أن الضرر الذى نال هذا الأخير لا يتجاوز جنيها أو اثنين عن اليوم الواحد . فى مثل هذه الحالة ، يقع تقدير التعويض مبالغاً فيه ، ويتسم فى جزء منه ، بطابع التهديد أو إيقاع العقوبة بالمدين ، الأمر الذى لا يسوغ . من اجل ذلك ، جاز للقاضى أن يخفض قيمة الشرط الجزائى إلى الحد الذى يرفع عنه طابع التهديد وإيقاع العقوبة بالمدين ، اى إلى الحد الذى يجعله متناسباً مع الضرر . وفى ذلك تقضى المادة ٢٢٤/٢ بأنه . « ٢ — ويجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض (التعويض الاتفاقى) إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيره . . . » .

وكما هو ظاهر من النص ، يلزم هنا لتخفيض قيمة الشرط الجزائى أن تكون الزياده بينها وبين مدى الضرر كبيرة ، بحيث يظهر منها طابع التهديد أو إيقاع العقوبة بالمدين . فإن كانت تلك الزيادة بسيطة ، ما كان ثمة محل للتخفيض . وتقدير ما إذا كانت الزيادة بسيطة أم كبيرة أمر يتعلق بالواقع ، ولقاضى الموضوع فيه القول الفصل . وإذا رأى القاضى أن تلك الزيادة كبيرة فليس يتحتم عليه أن يرفعها بالكلية ، ويجعل بذلك الضرر متفقا تماما فى مداه مع مبلغ التعويض الذى يحكم به ؛ بل يسوغ له أن يترك فى هذا المبلغ بعض

السعة . فسلطة القاضى لا تصل فى الحقيقة إلى إنقاص الشرط الجزائى إلى الحد الذى يتفق تماما مع مدى الضرر ، بل هى تقف عند رفع المبالغة والاسراف .

٢ — والحالة الثانية التى يجوز فيها للقاضى تخفيض قيمة الشرط الجزائى هى تلك التى يكون الالتزام فيها قد تنفذ فى جزء منه . وقد تضمنت هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ ، فبعد أن قضت هذه الفقرة فى مستهلها بأنه يجوز للقاضى أن يخفض التعويض الاتفاقى إذا كان تقديره مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، جاءت فى آخرها تقول : « ... أو أن الالتزام قد نفذ فى جزء منه » .

وهكذا يسوغ للقاضى أن يخفض قيمة الشرط الجزائى ، فى حالة التنفيذ الجزئى للالتزام . وغنى عن البيان أن هذا التخفيض لا يكون له محل ، إلا إذا كان الشرط الجزائى مقرراً عن الاخلال بالتزام فى مجموعه .

ولا تخفى علة التخفيض فى حالة الوفاء الجزئى على أحد . فالفرض أنه روعى فى تحديد قيمة الشرط الجزائى الضرر الناجم للدائن من الاخلال التام بالالتزام . فإن تنفذ هذا الالتزام فى جزء منه ، كما إذا تعهد شخص بإعطاء ١٠٠ قنطاراً من القطن وأعطى خمسين ، وجب أن يرفع من قيمة الشرط الجزائى ، قيمة الضرر الذى انتفى عن الدائن من جراء هذا الوفاء الجزئى .

هاتان هما الحالتان الأساسيتان اللتان يسوغ فيهما للقاضى تخفيض قيمة الشرط الجزائى [1] . وذلك فضلا عن سلطة القاضى فى وجوب رفض الحكم بقيمة الشرط الجزائى بالكلية ، إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه اى ضرر ، كما سبق لنا بيانه فى حينه .

(١) وتوجد هناك حالة ثالثة ، يتحتم فيها تخفيض الشرط الجزائى ، إعمالا للقواعد التى تحكم فائدة الديون . فإذا كان موضوع الالتزام مبلغاً من النقود ، واشترط على المدين ، كشرط جزائى ، أن يدفع عند التأخير مقداراً يزيد على الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية ، وهو ٧٪ ، تعين خفض الفائدة إلى هذا الحد (المادة ٢٢٧) .

وسلطة القاضى فى رفض الحكم بقيمة الشرط الجزائى عند انتفاء الضرر عن الدائن ، وسلطته فى تخفيضها فى الحالتين السابقتين ، تتعلق بالنظام العام ومن ثم يقع باطلا كل اتفاق يرد على خلافها (المادة ٢٢٤ / ٣) .

٦٠ — (ب) ماروت الزيادة على قيمة الشرط الجزائى

بينا فيما سبق أنه يسوغ للقاضى ، فى بعض الحالات التى تتجاوز فيها قيمة الشرط الجزائى مدى الضرر الناجم للدائن ، أن يخفض تلك القيمة إلى الحد الذى يجعلها متناسبة مع هذا الضرر . وإذا كان الفرض هو العكس ، بمعنى أن تجاوز مدى الضرر قيمة الشرط الجزائى ، فهل يسوغ للقاضى أن يرفع هذه القيمة إلى الحد الذى تصير به متناسبة مع مدى الضرر ؟ اذا ارتضى المقاول مثلا ، أن يدفع ، على سبيل الشرط الجزائى ، جنيهاً عن كل يوم من أيام التأخير فى تنفيذ التزامه ، ثم ظهر أن مدى الضرر الذى لحق دائنه جنيهان ، فهل يسوغ للقاضى أن يرتفع بمبلغ التعويض الذى يحكم به على هذا المقاول إلى هذا القدر الأخير ؟

الأصل أنه لا يسوغ للقاضى أن يحكم على المدين بأكثر من قيمة الشرط الجزائى ، حتى لو زاد مقدار الضرر عليها . فالدائن لا يستحق ، كقاعدة عامة ، أكثر من المبلغ الذى حدده الشرط الجزائى ، بالغاً ما بلغ مدى الضرر الذى حصل له . وعلة هذا الحكم أنه ، وإن لزم أن يتحدد التعويض بمقدار الضرر ، إلا أن الشرط الجزائى فى حالة نقص قيمته عن مدى الضرر ، يعتبر متضمناً اعفاء جزئياً للمدين من مسئوليته عن الاخلال بالتزامه . والاعفاء عن المسئولية جائز ، كأصل عام ، كما سبق لنا البيان [1] .

وإذا كان عدم جواز الزيادة على قيمة الشرط الجزائى إلى الحد الذى تصل فيه إلى مدى الضرر ترجع إلى اعتبار هذا الشرط متضمنا إعفاء جزئياً للمدين من المسئولية ، فإن هذا الحكم يتقيد بالضرورة بالأحوال التى يقع فيه هذا

(١) راجع ما سبق نبذة ٥١

الاعفاء صحيحا . فإن وقع هذا الاعفاء باطلا ، كان الشرط الجزائى ، فى تحديده للتعويض بمبلغ أقل من الضرر باطلا بدوره، ولزم أن نرجع للقاعدة العامة التى تقضى بوجوب أن يتحدد التعويض بمدى الضرر ، وحق على القاضى أن يزيد فى قيمة الشرط الجزائى إلى هذا القدر . وتمشياً مع هـذا التأصيل ، يكون للدائن الحق فى أن يطالب المدين بتعويض يزيد على قيمة الشرط الجزائى إلى الحد الذى يصل إلى مدى الضرر الذى لحقه فعلا ، فى الحالتين الآتيتين :

١ — إذا كان الشرط الجزائى متفقاً عليه كتقدير للتعويض عن العمل غير المشروع ، أى المسئولية التقصيرية . وذلك فى جميع الأحوال ، أى سواء كان خطأ المدين فادحا كبيراً أم بسيطاً يسيراً ، وسواء أكانت المسئولية ناشئة عن فعل المدين نفسه ، أم ناشئة عن فعل الغير . والسبب فى ذلك أن الاعفاء أو التخفيف من المسئولية التقصيرية يقع باطلاً فى جميع الأحوال (المادة ٢١٧/٣) ، كما سبق لنا البيان .

٢ — إذا كان الشرط الجزائى متفقاً عليه كتقدير للتعويض عن الاخلال بالتزام تعاقدى ، ووقع هـذا الاخلال نتيجة ارتكاب المدين نفسه غشاً أو خطأ جسيما ، وقد تضمنت المادة ٢٢٥ هـذا الحكم بقولها : « اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا أثبت ان المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيما ». وعلة هذا الحكم أن الاتفاق على الاعفاء من المسئولية أو التخفيف منها فى نطاق المسئولية العقدية ، يقع باطلا ، إذا نشأ الاخلال بالالتزام نتيجة غش المدين أو خطئه الجسيم .

ويلاحظ ، كما سبق أن بينا ، أن بطلان الاعفاء من المسئولية لا يكون إلا فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم الواقع من المدين شخصيا ، فهو لا يقع إذا كان الاخلال بالالتزام ناشئاً عن فعل أشخاص يستخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه (المادة ٢١٧/٢) . وعلى ذلك فلا تسوغ الزيادة فى قيمة الشرط الجزائى فى هذه الحالة الأخيرة .

٣ — التعويض عن الاخلال بالالتزام بمبلغ من النقود أو الفوائد التأخيرية

٦١ — يتميز التعويض عن الاخلال بالالتزام بدفع مبلغ من النقود بكثير من الأحكام الخاصة التي تتركز فيمن يتولى تقديره وفي شروطه وفي مداه. ويرجع السبب في ذلك إلى طبيعة هذا الالتزام الخاصة ، من وجه ، وإلى أن التعويض عن الاخلال به يتمثل في الفوائد ، التي توارثنا كراهيتها واستنكارها عبر الأجيال ، من وجه آخر .

والتعويض عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود لا يتصور أن يكون شيئا آخر غير التعويض عن التأخير . فهو لا يمكن أن يكون تعويضاً عن عدم الوفاء . وذلك لأن التنفيذ العيني لهـــذا الالتزام يعتبر ، من وجهة النظر القانونية ، ممكنا دائماً . ثم إن التعويض عن عدم الوفاء بالالتزام بمبلغ من النقود ، على فرض جواز القول به ، لن يكون شيئاً آخر غير الزام المدين بدفع هذا المبلغ ، ومن ثم فلا يكون للقول به معنى .

نخلص من هذا أن المقصود بالتعويض عن الاخلال بالالتزام بدفع مبلغ من النقود هو التعويض عن التأخير في الوفاء به . ويتمثل هذا التعويض عادة في الفوائد ، أي في مبلغ من النقود يحسب على أساس نسبة مئوية معينة من مقدار الدين . وتسمى هذه الفوائد بالفوائد التأخيرية على أساس أنها تستحق باعتبارها تعويضاً عن التأخير في أداء الالتزام .

وإلى جانب الفوائد التأخيرية intérêts moratoires التي تستحق على أساس التعويض عن التأخير في الوفاء بالدين ، توجد فوائد من نوع آخر ، يتفق على قيام المدين بدفعها ، لا على أساس التعويض ، ولكن باعتبارها مقابلا أي ثمنا لانتفاعه بمبلغ الدين . ومثال ذلك أن يقرض شخص آخر مبلغاً من المال ، ويتفقان على قيام المقترض بدفع فائدة في مقابل انتفاعه بمبلغ

القرض ، حتى لو كان لهذا الدين أجل لما يحل ، وأن يتفق البائع والمشترى على أن يدفع الثانى فائدة عن المتبقى عليه من الثمن قبل حلول أجله . وقد أطلق بعض الفقهاء [١] على هذا النوع من الفوائد اسم « الفوائد التعويضية » ، تمييزاً لها عن الفوائد التأخيرية . وهى تسمية معيبة . لأنها قد توحى بأن الغاية منها هى تعويض الضرر ، فى حين أنها ليست كذلك ، كما بينا . ويحسن بنا أن نطلق عليها عبارة « فوائد مقابل الانتفاع » .

هكذا يبين أن الفوائد تنقسم ، بحسب الغاية التى تستهدفها ، إلى فوائد تأخيرية وفوائد مقابل الانتفاع .

٦٢ — دائرة استحقاق الفوائد :

أيا ما كان نوع الفوائد ، فهى تتقيد بدائرة محدودة لا تتجاوزها ، هى دائرة الالتزام الذى يكون موضوعه دفع مبلغ من النقود . فهى لا تكون عن الالتزام الذى يكون موضوعه شيئاً آخر ، حتى ولو قدر التعويض عن الإخلال به على صورة مقاربة . فإذا التزم شخص ، مثلا ، بأن يشيد داراً ويسلمها فى تاريخ محدد ، أو بأن يعطى كمية معينة من القمح فى تاريخ مضروب وتعهد بأن يدفع ، على سبيل التعويض ، مبلغاً من المال عن كل فترة معلومة من فترات التأخير ، فإننا لا نكون هنا بصدد فوائد ، بل بصدد شرط جزائى عادى ، وتطبق أحكام هذا النظام الأخير ، دون أحكام الفوائد ، وهى مختلفة إلى حد كبير .

وإذا كانت الفوائد تتقيد بدائرة الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، فلا أهمية بعد ذلك لمصدر هذا الالتزام ، فسواء أن يكون مصدره هو عقد البيع ، كما هى الحال بالنسبة إلى التزام المشترى بدفع الثمن ، أو أن يكون مصدره

(١) أنظر : السنهورى ، الوسيط ج ٢ نبذة ٥٠٢ .

هو عقد القرض ، كما هو الحال بالنسبة إلى التزام المقترض بدفع مبلغ القرض ، أو أن يكون مصدره هو عقد الايجار ، كما هى الحال بالنسبة إلى التزام المستأجر بدفع الأجرة النقدية ، أو أن يكون مصدره هو العمل غير المشروع أو العمل النافع أو نص القانون .

٦٣ — طريق تقدير الفوائد

تختلف الفوائد ، بالنسبة إلى طريق تقديرها ، باختلاف ما إذا كانت تأخيرية أو فى مقابل الانتفاع بالنقود . فالنوع الأخير من الفوائد لا يتقرر إلا باتفاق الدائن والمدين عليها ، فإن لم يوجد هذا الاتفاق فهى لا تقوم أصلا . أما الفوائد التأخيرية ، فالأصل أن القانون هو الذى يتولى تحديدها بصفة مباشرة . ولكن يسوغ للدائن والمدين أن يستبعدا التقدير القانونى ، ويتوليا بنفسيهما هذا التقدير . وعلى ذلك ، فإن كانت الفوائد فى مقابل الانتفاع اتفاقية دائما ، فإن الفوائد التأخيرية قد تكون قانونية وقد تكون اتفاقية ، على حسب الأحوال . وللتفرقة بين الفوائد الاتفاقية والفوائد القانونية أهمية بالغة بالنسبة إلى مقدارها كما سنوضحه بعد قليل .

٦٤ — شروط استحقاق الفوائد التأخيرية

لا صعوبة بالنسبة إلى شروط استحقاق الفوائد التى تتقرر فى مقابل الانتفاع بالنقود . فقد رأينا أن هذه الفوائد تتقرر بالاتفاق عليها ، دون أن يقصد بها أكثر من أن تكون مقابلا لانتفاع المدين بمبلغ المدين . وعلى ذلك فيرجع فى تحديد شروط استحقاق تلك الفوائد إلى العقد الذى ولدها ، فضلا عن القواعد القانونية العامة التى تنظم العقود .

أما الفوائد التأخيرية ، فالأمر يدق بالنسبة إليها بعض الشىء . لأن الغاية منها ، كما بينا ، هى تعويض الدائن عن تأخر المدين فى الوفاء بالتزامه . فلابد إذاً لاستحقاقها أن تنشغل ذمة المدين بالمسئولية ويتحمل بالتعويض .

وقد رأينا فيما سبق أن القانون يقرر ،لاستحقاق التعويض على المدين بوجه عام ، شروطاً معينة حددناها . ورب شخص كان يتوقع أن تسرى نفس هذه الشروط فى صدد استحقاق الفوائد التأخيرية ، مادامت هى لا تعدو أن تكون تعويضاً عن الإخلال بالتزام معين ، وإن تميز بأن موضوعه هو مبلغ من النقود . ولكن هذا التوقع غير صادق . فقد أدت طبيعة الأمور أن تختلف شروط استحقاق الفوائد كثيراً عن شروط استحقاق التعويض بوجه عام .

فقد سبق لنا أن بينا أنه ، وفقاً للقواعد العـــامة فى التعويض ، يلزم لاستحقاقه تقصير المدين . وهـذا الشرط واجب أيضاً لاستحقاق الفوائد التأخيرية . كل ما فى الأمر أن الاخلال بالالتزام ، الذى هو أساس التقصير ، يأخذ ، فى مجال الفوائد ، صورة عملية واحدة ، وهى التأخر فى أداء الدين بعد حلول أجله . ثم إن القانون لا يكتفى ، بصدد ثبوت هذا التقصير على المدين ، بالاعذار الذى يقنع به فى مجال التعويض بوجه عام ، ولكن يستلزم أمراً أشد ، هو المطالبة القضائية بالفوائد .

وإذا كان القانون يستلزم، لاستحقاق التعويض بوجه عام ، حصول ضرر للدائن ويحمله عبء إثباته ، فإن هـذا الشرط لا يتطلب لاستحقاق الفوائد . فالفوائد تستحق للدائن ، من غير حاجة إلى أن يثبت أن ضرراً ما قد لحقه من جراء الاخلال بالالتزام . بل انهـا تستحق له ، حتى لو أثبت المدين انتفاء هذا الضرر عنه . وفى هذا تقضى المادة ٢٢٨ بأنه : « لا يشترط لاستحقاق فوائد التـأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هـذا التأخير » . وقد جرت عادة الفقهاء هنا ، رغبة منهم فى جعل شروط استحقاق الفوائد متمشية مع شروط استحقاق التعـويض بوجه عام ، على القول بأن القانون ، عند التأخير فى دفع مبلغ الدين ، يفترض فرضاً لا يقبل العكس أن هذا التأخير رتب للدائن الضرر .

وإذا كان الضرر لا يلزم لاستحقاق الفوائد ، فإن علاقة السببية بين تقصير المدين وضرر الدائن ، التى تكون الشرط الأخير لاستحقاق التعويض بوجه عام ، لا يلزم بدوره .

هكذا نخلص إلى أنه ، من بين الشروط العامة لاستحقاق التعويض ، لا يبقى لثبوت الفوائد التأخيرية إلا تقصير المدين متمثلا فى تأخيره عن أداء الدين بعد المطالبة القضائية . وقد اقتضت طبيعة الالتزام من حيث أنه يقوم على دفع مبلغ من النقود أمراً آخر ، هو أن يكون هذا المبلغ معلوم المقدار وقت الطلب . وبهذا نصل إلى أنه يلزم ، لاستحقاق الفوائد التأخيرية ، الشروط الثلاثة الآتية : (١) تأخر المدين فى الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ من النقود . (٢) المطالبة القضائية . (٣) أن يكون مبلغ الدين معلوم المقدار وقت الطلب . ونتناول كلا من هذه الشروط بالتفصيل ، وذلك فيما يلى :

٦٥ — الشرط الأول: **تأخر المدين فى الوفاء بالتزام بمبلغ من النقود**

فالفوائد ، كما بينا آنفاً ، لا تكون إلا فى مجال الالتزام بدفع مبلغ نقدى . ويلزم ، لاستحقاق الفوائد التأخيرية ، أن يتأخر المدين عن الوفاء بهذا الالتزام ، بمعنى أنه لا يؤديه رغم حلول أجله . فما دام أجل الالتزام لما يحل ، فلا تأخير ينسب إلى المدين ، ومن ثم لا يتحمل بالفوائد التأخيرية ، وإن أمكن أن يتحمل بالفوائد التى تقابل انتفاعه بالدين ، إذا وجد فى العقد شرط يقضى بذلك .

٦٦ — الشرط الثانى : **المطالبة القضائية** : فالأصل أن الفوائد التأخيرية ، قانونية كانت أم اتفاقية ، لا تستحق إلا بالمطالبة القضائية ، ومن تاريخ حصولها . فهى لا تستحق بمجرد حلول أجل الدين ، ولا بالاعذار الذى يحصل عن غير طريق المطالبة القضائية. ويقصد بالمطالبة القضائية رفع الدعوى قضاء . وتبدأ إجراءاتها بإعلان ورقة التكليف بالحضور .

وإذا كانت المطالبة القضائية ، أي رفع الدعوى لازمة لاستحقاق الفوائد ، فإنه يتحتم أن ترد هذه المطالبة القضائية على الفوائد نفسها . فلا يكفي أن يرفع الدائن الدعوى على مدينه مطالباً إياه فيها بالدين . بل يجب أن تنصب تلك الدعوى على الفوائد ذاتها . ويترتب على ذلك أنه إذا بدأ الدائن دعواه مقتصراً على المطالبة بأصل الدين ، ثم عدل طلباته فجعلها شاملة للفوائد ، كانت هذه الأخيرة مستحقة له من تاريخ المطالبة الخاصة بها ، وليس من تاريخ قيام الدعوى على أصل الدين .

هكذا نخلص إلى أنه يلزم لاستحقاق الفوائد التأخيرية ، المطالبة القضائية بها بذاتها ، وأنه لا تكفي المطالبة القضائية بأصل الدين . وواضح مدى ما في هذا الحكم من اختلاف عما تقضي به القواعد العامة في التعويض . فالمطالبة القضائية ليست لازمة لاستحقاق التعويض بوجه عام ، بل يكفي الإعذار عن أي طريق آخر كالإنذار أو ما يقوم مقامه . ولكننا في مجال الفوائد التأخيرية ، نرى القانون يتشدد ، فيشترط المطالبة القضائية ، أي رفع الدعوى . وإذا كانت المطالبة القضائية تعتبر بذاتها إعذاراً ، إلا أنها إعذار من نوع مشدد . ولم يكتف القانون بذلك ، بل حتم لاستحقاق الفوائد ، أن تنصب عليها المطالبة القضائية بالذات ، في حين أنه لا يلزم ، لاستحقاق التعويض بوجه عام أن يرد له ذكر في الاعذار ، وإنما يكفي أن يتضمن هذا الاعذار إعلان الدائن مدينه برغبته في اقتضاء حقه . وهذا التشدد بوجهيه مظهر واضح لكراهية المشرع للربا واستنكاره إياه ؛ فهو عنده من أبغض الحلال .

وإذا كانت الفوائد لا تستحق إلا بعد المطالبة القضائية بها ، ترتب على ذلك عدم انشغال ذمة المدين بها ، إذا وقعت ورقة التكليف بالحضور ، أي اعلان صحيفة الدعوى ، باطلة ، أو إذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها بالدعوى ، أو بسقوط الخصومة أو تركها .

من كل ما سبق يبين أن المطالبة القضائية بالفوائد التأخيرية شرط لاستحقاقها . على أن هذا الحكم لا يصدق إلا على أساس أنه يتضمن الأصل أو القاعدة العامة . فقد أجاز القانون للمتعاقدين أن يتفقا على خلافه ، كما أجاز أيضاً للعرف أن يسير على ما يغايره ، بل يقرر هو نفسه مخالفته فى حالات كثيرة خاصة . وهكذا نصل إلى أن المطالبة القضائية شرط لازم لاستحقاق للفوائد التأخيرية ، ما لم يقض الاتفاق أو العرف او القانون بغير ذلك . وقد تركز هذا الحكم فى المادة ٢٢٦ التى جاءت تقول « . . . وتسرى هذه الفوائد (الفوائد التأخيرية) من تاريخ المطالبة القضائية بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره » .

فلا يوجد ثمة ما يمنع الدائن والمدين من أن يتفقا على استحقاق الفوائد التأخيرية ، دون حاجة إلى وقوع المطالبة القضائية بها ، وذلك من أى تاريخ يحددانه ، كأن يكون هذا التاريخ هو حلول أجل الدين ، أو وصول إنذار أو خطاب أو برقية أو أى إجراء آخر . ويغلب عملا أن يلجأ الدائن والمدين إلى هذا الاتفاق فى حالات الفوائد التأخيرية الاتفاقية .

وكذلك تستبعد المطالبة القضائية ، باعتبارها شرطاً لاستحقاق الفوائد ، إذا جرى العرف بذلك . وهذا ما يحصل فعلا بالنسبة إلى فوائد الحساب الجارى ، حيث تسرى بمجرد قيد المدفوع فى هذا الحساب .

بل إن القانون نفسه كثيراً ما ينص ، فى حالات خاصة ، على سريان الفوائد من غير حاجة إلى المطالبة القضائية بها . ومثال ذلك ما جاء فى المادة ١٩٥ ، بصدد الفضالة ، من أن رب العمل يلتزم بأن يدفع للفضولى « النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها » ؛ وما جاء فى المادة ٤٥٨ / ١ ، بصدد عقد البيع ، من أن الفوائد القانونية تستحق للبائع عن الثمن بعد إعذاره المشترى بدفعه ، أو إذا سلمه الشىء المبيع وكان

هـذا الشيء قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره ؛ وما جاء بصدد الوكالة ، فى المادة ٧٠٦/٣ ، من أن الوكيل يتحمل ، لصالح الموكل ، بفوائد المبالغ المستحقة لهذا الأخير والتى استخدمها لفائدة نفسه من وقت استخدامها ، كما ان عليه أيضاً فوائد ما يتبقى فى ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر ؛ وما جاء ، بصدد الكفالة ، فى المادة ٨٠٠/٣ من ثبوت الحق للكفيل فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه لإبراء ذمة المدين من الدين المضمون بالكفالة من تاريخ الدفع .

٦٧ — الشرط الثالث : كون الدين معلوم المقدار وقت الطلب

خلصنا من عرضنا للشرطين السابقين إلى أنه يلزم ، لاستحقاق الفوائد التأخيرية ، أن يتأخر المدين عن الوفاء بالتزام بمبلغ من النقود ، وأن يطالب قضائيا بهذه الفوائد . وهـذان الأمران لا يكفيان . إذ أنه يلزم إلى جانبهما أمر ثالث ، هو أن يكون محل الالتزام ، أى مقدار الدين ، معلوم المقدار وقت الطلب .

ويقصد بكون محل الالتزام معلوم المقدار أن يكون هـــذا المحل قائماً فى تحديد مقداره على أسس ثابتة مستقرة لا تترك مجالا ، فى تحديد قيمتها النقدية ، لتقدير القاضي . ومثال ذلك أن يطالب المقرض بمبلغ القرض ، والبائع بالثمن المحدد فى عقد البيع ، والمؤجر بالأجرة المعينة فى عقد الإيجار ؛ فى كل هذه الأمثلة ومايشابهها ، يعتبر الدين معلوم المقدار ، لأنه لا يترك فى تحديد مداه مجالا لتقدير القاضى .

ولا يمنع من هذا الاعتبار أن يثور النزاع حول مقدار الدين ، كأن يدعى المدين ، مثلا ، أنه يقل عن ذاك الذى طالب به الدائن ، أو أنه سبق له أن دفع جزءاً من قيمته .. إذ أن القاضى ، فى حسمه هذا النزاع ، لا يفعل أكثر من أن يقرر حقيقة الدين الثابت من قبل ، دون أن يترخص هو ، بسلطته ، التقديرية

فى تعيين مداه . فإذا طالب المقرض ، مثلا ، بمبلغ القرض الذى حدده بمائتى جنيه ، فأتى المدين وادعى بأن حقيقة القرض هو مائة فقط ، أو أنه كان فعلا مائتين ، ولكنه دفع منه مائة ؛ فى هذه الحالة ، يعتبر الدين معلوم المقدار ، حتى لو ثبت للقاضى صدق إدعاء المدين ؛ كل ما فى الأمر أن الدين هنا يعتبر معلوم المقدار ، لا على الأساس الذى ادعاه الدائن ، بل على الأساس الذى تبين للقاضى صدقه . فالقاضى فى مثل هذه الحالة لا ينشأ مقدار الدين إنشاء ، ولكنه يبحث عن حقيقته ليقرر وجوده .

ولكى نزيد فى جلاء هذا الأمر نأتى بمثال لدين غير معلوم المقدار وقت الطلب ، ولكن الالتزام بالتعويض الذى يستحق عن العمل غير المشروع . فإذا دهم شخص آخر بسيارته فأصابه ، وجاء المصاب يطالب بالتعويض ، كان دينه غير معلوم المقدار وقت الطلب . صحيح أن المضرور يحدد فى دعواه المبلغ الذى يطالب به ، ولكن هذا التحديد لا يعنى أن المضرور يستحق فعلا كل ما شمله . فالقاضى هو الذى يحدد مبلغ التعويض . وهو ، وإن خضع فى هذا التحديد لأسس معينة تدور فى مجموعها حول مجيء التعويض متفقاً فى مداه مع حقيقة الضرر ، إلا انه فى ترجمته هذه الأسس بالمبالغ النقدية التى يتكون منها مقدار التعويض ، يتمتع بسلطة تقديرية رحبة الحدود ، حتى أن حكمه بالتعويض ، وإن اعتبر مقرراً لوجوده من حيث هو ، فهو يعتبر منشئاً لذات مقداره . وغنى عن البيان أن صدور الحكم بمقدار التعويض ، يجعل الالتزام معلوم المقدار من هذا الوقت .

ولا يجمل القول انه يلزم ، لاستحقاق الفوائد التأخيرية ، ان يكون الالتزام معلوم المقدار بالمعنى الذى حددناه . ويكفى أن يتسم الالتزام بهذه الصفة عند المطالبة القضائية بالفوائد ؛ فليس يتحتم أن تثبت له عند نشوئه[1] . فإذا

(١) جاء المشروع التمهيدى قاضياً ، فى المادة ٣٠٤ منه ، بوجوب أن يكون محل الالتزام معلوم المقدار عند نشوء الالتزام . وعدل هذا الحكم فى المادة ٢٢٦ من القانون التى اكتفت بأن يكون الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب ، كما بيناه فى المتن .

كان الالتزام غير معلوم المقدار عند نشوئه ، ولكنه صار كذلك عند المطالبة القضائية بالفوائد التأخيرية ، كانت هذه الأخيرة مستحقة . ومثال هذا أن يطالب المضرور بالفوائد عن مقدار التعويض بعد أن يتحدد اتفاقاً ، أو قضاء(١) .

وترجع الحكمة فى استلزام كون محل الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب، لكى تستحق عنه الفوائد التأخيرية ، إلى أمرين : (الأول) قد يقتضى تعيين مقدار محل الالتزام اتخاذ إجراءات طويلة ، من غير أن يكون للمدين يد فى ذلك ، ومن العدل إلا نحمله تبعة ذلك التأخير . (الثانى) إذا كان محل الالتزام غير معلوم المقدار ، فإن مؤدى ذلك ، كما بينا ، أنه يثبت للقاضى سلطة رحبة الحدود فى تعيينه ، الأمر الذى يمكنه من أن يدخل فيه مدى الضرر الذى نال الدائن من جراء التأخير فى اقتضاء حقه ، وبهذا يستطيع القاضى أن يغنى الدائن عن الفوائد ، وهو ما يفعله عادة .

ويلاحظ ، فى النهاية ، أن الأعمال التحضيرية للقانون المدنى تضمنت أن « المقصود من اشتراط كون الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب منع سريان الفوائد على المبالغ التى يطالب الدائن بها على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع »(٢) . وقد يفهم من ذلك أن الالتزام لا يكون غير معلوم المقدار إلا فى هذا النطاق . ولكن هذا غير صحيح . إذ أن الالتزام يكون غير معلوم المقدار فى كل حالة أخرى ، يثبت فيها للقاضى سلطة تحديد مداه ، كالتعويض الناشىء عن الإخلال بالالتزام التعاقدى(٣) وكدين النفقة(٤) .

---

(١) وإذا رفع المضرور الدعوى على محدث الضرر، مطالباً إياه بمقدار التعويض وبفوائده ، ولم يكن هذا المقدار محدداً من قبل لا اتفاقا ولا قضاء ، فإنه لا يسوغ للقاضى أن يحكم بالفوائد الا ابتداء من تاريخ الحكم بمقدار التعويض، لأنه فى هذا الوقت فقط يصبح الالتزام معلوم المقدار .

(٢) راجع تقرير لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ ، الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٨٠ .

(٣) فى غير الحالات التى يتحدد فيها التعويض اتفاقاً ، أى بمقتضى شرط جزائى صحيح .

(٤) أنظر فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، نبذة ٧٨ — وعكس ذلك سليمان مرقس نبذة ١١١

٦٨ — يخلص من كل ما سبق أنه يلزم ، لاستحقاق الفوائد التأخيرية ، أن يتأخر المدين عن الوفاء بالتزام بدفع مبلغ من النقود ، وأن يطالبه الدائن قضاء بهذه الفوائد ، وأن يكون الالتزام معلوم المقدار وقت هذا الطلب . ويتحدد تاريخ بدء سريان هذه الفوائد بالوقت الذى تتوافر فيه كل هذه الشروط مجتمعة ، ما لم يتفق على غير ذلك أو يقضي العرف به .

٦٩ — مقدار الفوائد :

ويختلف مقدار الفوائد ، لا باختلاف غايتها ، أى من حيث إنها تستهدف التعويض عن التأخير فى الوفاء بالدين ، أو تتمثل مقابلا للانتفاع بالنقود ، ولكن باختلاف مصدرها ، أى باختلاف ما إذا كانت قانونية أم اتفاقية .

فالفوائد القانونية ، وهى فوائد تأخيرية دائماً ، بينا ، كما لها سعر معين يحدده القانون ، وهذا السعر هو ٤ ٪ فى المسائل المدنية و ٥ ٪ فى المسائل التجارية [1] (المادة ٢٢٦) . والعبرة فى تحديد ما إذا كان الدين مدنياً أم تجارياً بالمدين . فإن كان المدين غير تاجر ، ثبتت للدين صفته المدنية ، حتى لو كان الدائن تاجراً والعملية تجارية .

أما الفوائد الاتفاقية ، سواء أكانت تأخيرية أم مشترطة فى مقابل الانتفاع بالنقود ، فقد ترك القانون تحديد مقدارها لاتفاق ذوى الشأن ، بشرط ألا يتجاوز هذا المقدار حداً معيناً رسمه القانون وهو ٧ ٪ ، دون

(١) وعند صدور القانون المدنى الجديد ، كان سعر الفائدة القانونية هو ٥ ٪ فى المسائل المدنية و ٦ ٪ فى المسائل التجارية . وبمقتضى قواعد سريان القانون فى الزمان ، يسرى السعر الجديد على كل فائدة تستحق عن مدة تالية لنفاذ القانون الجديد ، حتى لو كانت مستحقة عن دين نشأ من قبل ، بل حتى لو كان سريان الفائده قد بدأ قبل نفاذ القانون الجديد . أنظر هذا المعنى نقض ٢٥ يونية سنة ١٩٥٣ ، مجموعة أحكام النقض س ٤ رقم ١٩٢ ص ١٢٠١ ، المحاماه س ٣٥ ص ٧٠١ .

تفريق فى هذا بين المسائل المدنية والمسائل التجارية(١).

فإذا كان الأصل هو أنه عند التأخر فى الوفاء بالالتزام بمبلغ من النقود، تستحق على المدين الفوائد القانونية محددة على أساس ٤٪ فى المسائل المدنية و٥٪ فى المسائل التجارية، إلا أنه يجوز أن يتفق الدائن والمدين على سعر آخر للفوائد؛ وهنا تصير الفوائد المستحقة اتفاقية. وللدائن والمدين أن يتفقا على أى سعر يشاءانه، بشرط الا يتجاوز ٧٪. فإن اتفقا على سعر يزيد على هذا القدر، صح اتفاقهما فى حدوده، وبطل فيما تجاوزه، وتعين رد ما دفع زائداً عنه، حتى لو كان المدين قد قام بدفعه مختاراً وعن بينة من حكم القانون، إذ أن دفع ما يزيد على الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية لايعتبر حتى وفاء لالتزام طبيعى، لمخالفته للنظام العام، كما سبق لنا البيان(٢).

وفى هذا تقضى المادة ٢٢٧/١ بأنه: «١ — يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم فى أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة فى المائة فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر».

وإذا امتنع الاتفاق على فوائد تتجاوز الحد الأقصى المسموح به، وهو ٧٪، فإن هذا المنع يسرى بالضرورة على كل حالة يبين فيها أن الدائن.

---

(١) عند صدور المجموعة المدنية، كان الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية هو ١٢٪. ثم خفض هذا الحد فى سنة ١٨٩٢ إلى ٩٪، ثم عاد وخفض مرة ثانية بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨ إلى ٨٪. وأخيراً جاء القانون المدنى الجديد وخفضه إلى ٧٪. وبمقتضى القواعد التى تحكم سريان القانون فى الزمان، يسرى السعر الجديد الذى يقرره القانون المدنى على كل فائده تستحق عن مدة تالية لتاريخ نفاذه، أى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، حتى لو كانت هذه الفائده مستحقة بمقتضى عقد أبرم قبل هذا التاريخ. أما الفائده التى استحقت عن مدة سابقة لنفاذ القانون الجديد، فالتخفيض لا يشملها. راجع فى هذا الموضوع: مؤلفنا، نظرية القانون، نبذه ١٩٧.

(٢) أنظر ما سبق، نبذه ٨.

يحصل من مدينه ، فى مقابل دينه ، على مزايا تربو على هذا الحد ، حتى لو كانت هذه المزايا عينية وليست نقدية . إذ أن هذه المزايا لا تعدو فى الحقيقة أن تكون فائدة مستترة . وتمشيا مع هـذه الفكرة ، جاءت المادة ٢٢٧/٢ تقضى بأنه : « ٢ — وكل عمولة أو منفعة ، أيا كان نوعها ، اشترطها الدائن إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض ، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة (نفقة[1]) مشروعة » .

فأية مزية أو منفعة يتحصل عليها الدائن من مدينه فى مقابل الدين ، سواء أكانت هذه المزية أو المنفعة نقديه أو عينية ، تعتبر فائدة ، ويسرى عليها بالتالى الحد الأقصى الذى يسوغ الاتفاق لغايته ، ما دامت لا ترجع إلى خدمة خاصة أداها الدائن أو نفقة مشروعة تحملها . وقد طبق المشرع نفسه هذه الفكرة فى الرهن الحيازى ، حيث جاءت المادة ١١٠٥/١ تقول : « ١ — إذا كان الشيء المرهون ينتج ثماراً أو إيراداً واتفق الطرفان على أن يجعل ذلك كله أو بعضه فى مقابل الفوائد كان هذا الاتفاق نافذاً فى حدود أقصى ما يسمح به القانون من الفوائد الاتفاقية » . أما إذا كانت المنفعة التى يحصل عليها الدائن مقابل خدمة أداها للمدين أو نفقة مشروعه تحملها ، فهى لا تعتبر فائدة بالضروره ، ولا تدخل فيما يتناوله التخفيض . ومثال ذلك أن يتفق على أن يأخذ المرتهن الحيازى جزءاً معقولا لا مبالغة فيه من إيراد المرهون فى مقابل إدارته ، وأن تأخذ البيوتات المالية المشتغلة بتسليف النقود على رهونات ، عمولة معقولة فى مقابل نفقات التثمين والقياس والتخزين .

---

(١) الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ منقولة عن المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨ الصادر فى ١٩ من مارس سنة ١٩٣٨ . ويبدو أنه حصل خطأ مادى فى النقل ، فوضعت كلمة منفعة بدلا من كلمة نفقة الواردة فى الأصل . والمعنى لا يستقيم إلا بالكلمة الأخيرة .

٧٠ — القيود التي ترد على مقدار الفوائد

بينا فيما سبق أن القانون يتولى تحديد مقدار الفوائد القانونية ، ويضع حداً أقصى لا يجوز تجاوزه فى الفوائد الاتفاقيه . ولم يقف عند هـذا الحد . بل عمد ، متشبعاً بروح الكراهية والمقت للربا ، وإشفاقا على الناس من معاطب الإغراق فيه ، إلى تقرير بعض قيود تحد من نطاق الفوائد المستحقة على المدين ، حتى فى دائرة السعر القانونى أو الاتفاقى الذى حددناه. فأياً ما كان نوع الفوائد ، سواء أكانت قانونية أم اتفاقية ، وسواء أكانت تأخيريه أم مشترطة فى مقابل الانتفاع بالنقود ، لا يتحدد مقدار المستحق منها بالسعر الذى تبيناه فحسب ، بل هو يتحدد أيضاً بالقيدين الآتيين :

١ — منع استحقاق الفوائد على متجمد الفوائد أو الفوائد المركبة . فلا يجوز ، كمبدأ عام ، تقاضى فوائد على متجمد الفوائد[1] (المادة ٢٣٢) ، وهى الفوائد التى درج الناس على تسميتها بالفوائد أو الأرباح المركبة ، حتى لو اتفق على استحقاقها ، إذ مثل هذا الاتفاق يقع باطلا بطلانا مطلقاً ، لمخالفته النظام العـام . ولا يستثنى من هذا الحكم إلا فى نطاق المسائل التجارية ، عندما تقضى العادات التجارية بجواز الفوائد المركبة ، كما هى الحال بالنسبة إلى الحساب الجارى .

ويلاحظ أن الممنوع هو اقتضاء فوائد على متجمد الفوائد . فلا يشمل المنع ما يستحق من فوائد على المبالغ النقدية التى يتحمل بها المدين فى أوقات دورية ، كالأجرة والإيراد المرتب لمدى الحياة أو لفترة محدودة . فإذا استحقت أجرة الدار أو الأرض ، مثلا ، على المستأجر ، عن فترة معينة من الزمن ، فلا يوجد ثمة ما يمنع من استحقاق الفوائد عنها . إذ الفائدة

---

(١) وهذا الحكم يتضمن تجديداً من المشرع فى قانوننا الحالى . فقد كان قانوننا القديم يسمح بتقاضى الفوائد المركبة ، بشرط أن تكون الفوائد المجمدة التى تستحق عنها الفوائد المركبة ، مستحقة عن سنة كاملة (المادة ١٢٦/١٨٦ قديم) . وقد تضمن المشروع التمهيدى لقانوننا الجديد حكما مماثلا . ولكن هذا الحكم استبعد ، رحمة بالمدين .

التي تستحق هنا لا تعتبر فائدة مرتبة ؛ فهي ليست فائدة مستحقة على فائدة، ولكن فائدة مستحقة مباشرة عن دين معين ، وهو دين الأجرة .

٢ — لا يسوغ أن يزيد مجموع ما يتقاضاه الدائن من فوائد عن دينه على أصل هـذا الدين . وقد تضمنت المادة ٢٣٢ هذا الحكم بقولها : « . . . ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال . وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية » .

فمهما طال أمد بقاء الالتزام في ذمة المدين ، فالأصل أنه لا يسوغ لدائنه أن يتقاضى منه فوائد تزيد على أصل الدين ، أيا ما كان نوع هـذه الفوائد ، قانونية كانت ام اتفاقية ، وسواء أكانت الفوائد الاتفاقية مقررة على سبيل التعويض عن التأخير في الوفاء بالالتزام ، أم مشترطة في مقابل الانتفاع بالنقود . ويتضمن هذا الحكم تجديداً هاماً في قانوننا الحالي[1] ، فلم يكن قانوننا الملغي يقرره . ويستثنى من هذا الحكم ، كما هي الحال تماماً بالنسبة إلى الفوائد المركبة ، المسائل التجارية ، إذا قضت القواعد أو العادات التجارية بشأنها بما يغايره .

٧١ — مارست إنقاص الفائدة

بينا فيما سبق أن القانون ، إمعانا منه في كراهية الربا وإشفاقا على المدين من معاطب الإغراق فيه ، قد لجأ إلى تحديد سعر الفائدة القانونية ونص على حد أقصى لايسوغ تجاوزه في الفائدة الاتفاقية ، ثم عمد بعد ذلك إلى تقييد

(١) ويرجع هذا التجديد إلى لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ؛ فهي التي وضعته ، بعد أن كان مشروع القانون لايتضمنه . وقد جاء في تقريرها ، تبريراً له « وقد راعت اللجنة أن من المصلحة أن يحال بين الدائن وبين استغلال المدين باقتضاء فوائد تجاوز مقدار الدين نفسه ، وبحسب الدائن أن يكون قد اقتضى فوائد تعادل رأس مال . وقد أخذت بهذا الحكم دول أخرى منها سوريا (زالت عنها صفة الدولة بدخولها في رحاب الجمهورية العربية المتحدة) والعراق » .

ما يستحق من الفوائد أياً ما كان نوعها بمنع الفوائد المركبة ، وبتقرير عدم جواز زيادة ما يتقاضاه الدائن من الفوائد على رأس المال . ولم يكتف القانون بهذا كله . بل لجأ إلى تقرير تخفيض الفوائد بل منعها ، على حسب الظروف ، فى الحالتين الآتيتين :

١ — تقضى المادة ٢٢٩ بأنه : « إذا تسبب الدائن ، بسوء نية ، وهو يطالب بحقه ، فى إطالة أمد النزاع ، فللقاضى أن يخفض الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية أو لا يقضى بها إطلاقاً عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر » .

فقد يرى الدائن أن الفائدة التى تستحق له على المدين مجزية له ، فيعمد إلى إطالة أمد النزاع بلا مسوغ ، حتى يستمر فترة أكبر مستحقاً إياها ، كما إذا لجأ من غير مقتض إلى إنكار توقيعه على مخالصة أو إلى رد القاضى . وفى هذه الحالة ، يرد على الدائن سيء قصده ، ويكون للقاضى أن يخفض الفائدة المستحقة أو لا يقضى بها إطلاقاً عن المدة التى يرى أن أمد النزاع فيها قد طال بلامبرر ، نتيجة سوء نية الدائن . وتستوى فى هذا الحكم الفوائد القانونية والفوائد الاتفاقية ، تأخيرية كانت هذه الأخيرة أن مشترطة فى مقابل الانتفاع بالدين .

ولا يتحتم هنا ، للحكم بتخفيض الفائدة ، أن يكون النزاع قد أطال أمده أمام القاضى . فأى تأخير يتسبب فيه الدائن بلامبرر وبسوء نية يسوغ الحكم بانقاص الفائدة ، حتى لو كان هذا التأخير قد وقع قبل أن يعرض النزاع أمام القاضى . ومثال ذلك أن يتقدم المدين لأداء الدين ، فيرفض الدائن قبضه منه ، بلا مبرر وبسوء نية ، فيلجأ المدين إلى اتخاذ إجراءات العرض القانونى ، فى هذه الحالة يسوغ للقاضى أن يحكم بعدم استحقاق الدائن الفوائد عن المدة التى تلت رفضه اقتضاء دينه ، فى الحدود التى ينتفى فيها تقصير المدين فى قيامه بإجراءات عرضه عليه عرضاً قانونياً .

ويلزم لتخفيض الفائدة أو لاسقاطها هنا ، أن يطول أمد النزاع بلا مبرر ،

وأن يكون الدائن هو الذى تسبب فى هذه الإطالة ، وأن يعمد إليها بسوء نية ، أى مدفوعاً بالرغبة فى إطالة النزاع . والظاهر من الأعمال التحضيرية[1] أن المشرع هنا لا يكتفى حتى بالخطأ الجسيم الواقع من الدائن ، بل يحتم سوء نيته ، مخالفا بذلك القاعدة التقليدية التى تقضى بأن الخطأ الجسيم يتساوى مع الغش . وقد سار الفقه على هذا الرأى[2] .

٢ — والحالة الثانية التى تخفض فيها الفائدة أو تسقط بالكلية هى تلك التى يلجأ فيها الدائن إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبرى على مال المدين ، ويرسو فيها مزاد هذا المال ، فبعد رسو المزاد ، لا يكون للدائن الذى أجرى التنفيذ أو اشترك فيه وقبل فى التوزيع أن يأخذ فوائد تأخيرية عن النصيب الذى تقرر له من دينه فى التوزيع ، « إلا إذا كان الراسى عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها ، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد فى هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسى عليه المزاد أو خزانة المحكمة . وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء (المادة ٢٣٠) » .

وقد استحدث القانون الجديد هذا الحكم ؛ فلم يكن سلفه يتضمنه . وهو حكم عادل ، ينطوى على حماية المدين من طول إجراءات التوزيع . فبعد رسو المزاد ، تسقط عنه جميع الفوائد التأخيرية عن الديون التى قبلت فى التوزيع وبقدر ما قبل منها فيها . ولهذا الحكم مبرر ظاهر . إذ أنه برسو

---

(١) كان المشروع التمهيدى يكتفى ، لإمكان تخفيض الفائدة أو لإسقاطها ، أن يكون الدائن قد تسبب بخطئه فى إطالة أمد النزاع . وعدل هذا الحكم فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ إلى النحو الذى تضمنته المادة ٢٢٩ من القانون ، وهو أن يتسبب الدائن ، « بسوء نية» فى إطالة أمد النزاع . وقد جاء فى تقرير هذه اللجنة ، تبريراً للتعديل الذى أجرته ، ماياتى : «رأت اللجنة أن تدخل عبارة « سوء نية » بدلا من كلمة « بخطئه » لأن فكرة الخطأ قد تتسع لفروض لايحسن فيها توقيع هذا الجزاء . ولهذا آثرت اللجنه أن يكون الجزاء قاصراً على حالة سوء النية وحدها » .

(٢) أنظر فى هذا أستاذنا السنهورى ، الوسيط ج ٢ نبذة ٥١٧ — سليمان مرقس ، نبذة ١٢١ . اسماعيل غانم ، نبذة ٧٩ .

المزاد ، يفقد المدين ماله الذى بيع جبراً عليه ، ويرصد ثمنه لوفاء الديون المقبولة فى التوزيع . فكأنه إذاً قد وفى من ناحيته هذه الديون . أما تأخر الدائنين فى قبضها ، فهو يرجع إلى بطء إجراءات التوزيع التى لا يسأل عنه بالضرورة . وفضلا عما فى حكم المادة ٢٣٠ من عدل بالمدين ، فهو يتضمن أيضاً حماية الدائنين بعضهم من بعض ، « من طريق تحقيق المساواة بينهم فى توزيع الفوائد المستحقة قبل الراسى عليه المزاد ، وقبل الخزانة ، إذ تقسم بينهم جميعاً قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن مضمون حقه ودائن لا ضمان له[1] » .

٧٢ — الحالة التى يجوز فيها للدائن اقتضاء تعويض يزيد على مقدار الفائدة

الأصل فى الفوائد ، سواء أكانت قانونية أم اتفاقية ، وسواء أكانت تأخيرية ام مشترطة فى مقابل الانتفاع بالنقود ، الأصل فى الفوائد ، أيا ما كان نوعها ، أنها تقدر بطريقة جزافية ، فلا يراعى فى تقديرها مدى الضرر الذى يلحق الدائن فى كل حالة ، بل لا يتحتم أصلا أن يكون هناك ضرر أصابه . ويترتب على هذه الصفة الجزافية للفوائد أن هذه الأخيرة لا تخضع لتقدير القاضى ، تخفيضاً أو زيادة ، ما دامت مقررة فى الحدود التى رسمها القانون . فالأصل أن الفوائد لا تخفض ، لمجرد إقامة الدليل على أن الضرر الذى نال الدائن بسيط ، أو أنه لم ينله ضرر البتة . ولا يستثنى من هذا الحكم إلا الحالتان اللتان بيناهما فيما سبق ، وهما حالة تعمد الدائن إطالة أمد النزاع بلا مبرر ، وحالة رسو المزاد وقبول الدين فى التوزيع . والأصل كذلك أن الفوائد لا تزاد ، إذا ثبت أن الضرر الذى نال الدائن جسيم وباهظ . ولكن القانون يقرر استثناء لهذا الحكم ، مؤداه جواز الحكم بأكثر من مبلغ الفوائد ، على

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، مجموعة القانون المدنى ، ج ٢ ص ٥٩١ .

على سبيل التعويض التكميلي ، إذا أثبت الدائن أن ضرراً استثنائيا قد لحقه من جراء تأخير الوفاء بالالتزام ،وأن المدين قد تسبب بسوء نية فى إحداث هذا الضرر له . وفى هذا نقض المادة ٢٣١ بأنه : « يجوز للقاضي أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نيه » .

ويلزم ، لاستحقاق التعويض التكميلي زيادة على الفوائد المقررة ، توافر الشروط الثلاثة الآتية :

١ — يجب أن يترتب للدائن ، نتيجة تأخر المدين فىالوفاء بالدين ، ضرر استثنائى . فلا يكفى الضرر العادى ،أى ذاكالذى يلحق الدائن عادة نتيجه عدم إقتضائه الدين فى ميعاده . ومثال هذا الضرر الاستثنائىأن يترتبعلى عدم دفع الدين فى ميعاده للدائن ، أن يعجز هذا عن دفعالديون التى تثقل كاهله، فيحجز دائنوه على أمواله ويبيعونها عليه بثمن بخس ، أو أن يمتنع على الدائن إجراء صفقة كان يعول فى انجازها على قبض الدين .

٢ — يجب أن يزيد الضرر الاستثنائى الذى لحق الدائن على الفوائد المستحقة له .

٣ — يجب أن يتسبب المدين بسوء نية فى إحداث هذا الضرر للدائن . فلا يكفى أن يحدث هذا الضرر للدائن بخطأ المدين اليسير . بل الظاهر أن خطأه الجسيم لا يكفى بدوره[1] ؛ وإنما يلزم سوء نية المدين ، أى تعمده الإضرار بالدائن .

---

(١) كانت المادة ٣٠٩ من المشروع التمهيدى تسوى ، لإمكان الحكم بالتعويض التكميلى زيادة على الفوائد ، بين الغش والخطأ الجسيم . ولكن عدل هذا النص على النحو الذى جاء فى المادة ٢٣١ من القانون وصار مقتصراً على سوء النية وحدها ، وقد جاء . تبريراً لهذا التعديل ، أنه أحرى « تمشياً مع التعديل الذى أدخل على المادة ٢٣٦ (التى أصبحت المادة ٢٢٩ من القانون) ، وتطبيقاً لنص المادة ١١٥٣ من القانون المدنى الفرنسى » .

إذا توافرت هذه الشروط ، كان للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي ، يضاف إلى الفوائد التأخيرية[١] المستحقة له ، سواء كانت هذه الفوائد قانونية أم اتفاقية ويتحدد هذا التعويض التكميلي بالفرق بين الضرر الحقيقي الذى نال الدائن وبين الفوائد التى استحقت له . وهكذا يصل الدائن هنا إلى التعويض الكامل عن الضرر الذى ناله[٢] .

وغنى عن البيان أن عبء إثبات الشروط السابقة يقع على عاتق الدائن .

٧٣ — فوائد الحساب الجارى :

بينا فيما سبق أحكام الفوائد المستحقة على الديون بوجه عام . وقد خصت المادة ٢٣٣ الفوائد التجارية التى تسرى على الحساب الجارى بالذكر ، نظراً لما تتميز به من أحكام خاصة فى الحدود التى يقضى بها العرف التجارى . وقد جاءت هذه المادة تقضى بأنه : « الفوائد التجارية التى تسرى على الحساب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات ، ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى » .

فالفوائد المستحقة على الحساب الجارى تختلف فى أحكامها عن الفوائد المستحقة على الديون بوجه عام ، وذلك فى الحدود التى يقضى بها العرف التجارى . ومن أبرز مظاهر هذا الاختلاف ما يأتى :

---

(١) أما الفوائد التى تقرر فى مقابل الانتفاع بالنقود ، فلا يسرى عليها حكم المادة ٢٣١ والسبب فى ذلك واضح . إذ أن هذه المادة تقضى بجواز الحكم على المدين بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد ، إذا توافرت الشروط التى تتطلبها . ومن ذلك يبين أن هذه المادة لاتتناول إلا الفوائد المقرره على سبيل التعويض الأصلي الذى يضاف التعويض التكميلي إليه . والفوائد التأخيرية وحدها هى التى تثبت على سبيل التعويض ، دون الفوائد المقرره فى مقابل الانتفاع بالنقود .

(٢) ويقارب هذا الحكم ذاك الذى تضمنته المادة ٢٢٥ والذى يقوم على إمكان زيادة التعويض الذى يحكم به القاضى على قيمة الشرط الجزائى حتى يصل إلى مدى الضرر ، إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب فى تنفيذ التزامه غشاً أو خطأً جسيما . راجع ماسبق ، نبذه ٦٠ .

١ — يختلف السعر القانونى للفائدة السارية على الحساب الجارى باختلاف الجهات ، وذلك فى حين أن السعر القانونى للفائدة التى تسرى على الديون الأخرى موحد ، وهو ٤ ٪ فى المسائل المدنية و ٥ ٪ فى المسائل التجارية . ولا يوجد ثمة ما يمنع من أن يزيد السعر القانونى للفائدة التجارية المستحقة على الحساب الجارى عن ٥ ٪ ، بشرط ألا يزيد على ٧ ٪ ، وهو الحد الأقصى للفائدة فى جميع صورها .

٢ — الأصل أن الفوائد تسرى من تاريخ المطالبة القضائية بها ، على فرض توافر شروط استحقاقها الأخرى فى هذا التاريخ . ويختلف الحساب الجارى فى ذلك ، فى حدود ما يقضى به العرف . وقد رأينا أن العرف يسير عندنا على أن استحقاق الفوائد على الحساب الجارى يكون من تاريخ قيد المدفوعات فى الحساب[1] .

٣ — يجوز اقتضاء فوائد على متجمد الفوائد فى الحساب الجارى إذا قضى العرف بذلك ، وفى الحدود التى يقضى بها .

المبحث الثالث

الوسائل التى تكفل للدائن تنفيذ الالتزام

٧٤ — بينا فيما سبق أن أثر الالتزام يتركز فى تنفيذه ، سواء أكان هذا التنفيذ عيناً أو بطريق التعويض .

ولكن ماهى الضمانات التى تكفل للدائن تنفيذ التزامه ، ووصوله بذلك إلى اقتضاء حقه ؟

يقرر القانون فى هذا السبيل قاعدة أساسية تضمنتها المادة ٢٣٤ بقولها : « ١ — أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه . ٢ — وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون » .

(١) أنظر ما سبق ، نبذة ٦٦ .

وهكذا فالأصل أن القانون يجعل جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، دون تفريق فى هذا بين دائن وآخر . وهـــذا هو الضمان العام . وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان العام ، لا فضل لأحدهم على آخر ، بالنسبة إليه ، لأى سبب من الأسباب ، سواء أكان هذا السبب هو السبق فى تاريخ نشوء الدين أو مصدره أو طبيعته ، أم أى سبب آخر .

وتقرير المساواة بين الدائنين فى نطاق الضمان العام المقرر لهم على جميع أموال مدينهم ، لا يمنع من أن يمتاز أحدهم على غيره فى استيفاء حقه فى نطاق تأمين خاص، يقرر له فى حالات خاصة يحددها القانون على سبيل الحصر، وهى الحالات التى يثبت فيها للدائن ، ضمانا لحقه ، أحد الحقوق العينية التبعية ، وهى الرهن الرسمى وحق الاختصاص والرهن الحيازى وحقوق الامتياز . إذ أن التأمين الخاص يخرج المال المقرر عليه ، فى حدود الدين المضمون به ، من الضمان العام المقرر للدائنين جميعاً ......

وإذا جعل القانون أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ، فقد كان طبيعياً منه ألا يقتصر على تقرير هذا المبدأ. فالحقيقة أن أموال المدين لا تضمن الوفاء بديونه باعتبار ذاتها ، وإنما هى تضمنها باعتبار أنها تكون العنصر الايجابى لذمته[1]. ويترتب على ذلك أن الدائن يبقى مهدداً بخطر ضياع أموال مدينه ، نتيجة إهماله إدارتها أو نتيجة ذهابها منه إلى الغير ، فضلا عن تهديده بخطر عقد المدين ديون جديدة ، من شأنها أن يأتى أصحابها معه على قدم المساواة فى استيفاء حقوقهم من أموال المدين ، الأمر الذى يقلل من فرص استيفائه حقه .

ومن أجل درء الخطر عن الدائن ، يقرر له القانون عدة وسائل، تستهدف فى مجموعها حفظ الضمان العام المقرر له ، على النحو الذى يساعده فى استيفاء حقه . ومن هذه الوسائل الاجراءات التحفظية العادية ، كوضع الأختام

(١) راجع مؤلفنا ، نظرية الحق ، نبذة ٨٩ .

على أموال المدين عندما يتهددها الضياع بسبب موته أو إفلاسه أو نحو ذلك وكطلب تعيين قيم على المدين إذا ما اعتراه جنون أو عته أو سفه، وكاشتراك الدائن فى دعوى قسمة مال المدين (المادة ٨٤٢). ولا شأن لنا هنا بدراسة هذه الاجراءات التحفظية العادية، لخروجها عن منهاجنا . وإنما الذى يعنينا هو الأمور هى تلك التى خصها القانون المدنى بالبحث المستفيض، وجعل منها وسائل تكفل للدائن استيفاء حقه . وهذه هى: استعمال الدائن حق مدينه أو الدعوى غير المباشرة ، ودعوى عدم نفاذ التصرفات أو الدعوى البولصية ،ودعوى الصورية ، والحق فى الحبس ، والاعسار . ونتناول كلا من هذه الأمور بالتفصيل ؛ وذلك فيما يلى :

١ — استعمال الدائن حق مدينه
أو الدعوى غير المباشرة

٧٥ — رأينا أن القانون يجعل كل أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه . ومن شأن ذلك أن تزداد فرص الدائن فى استيفائه حقه بزيادة أموال مدينه، وتضعف بنقصها . وقد يؤدى خمول المدين وتكاسله فى إدارة شئونه إلى الانتقاص من أمواله ، إما نتيجة ضياع مال دخل فعلا فى ذمته ، أو نتيجة عدم دخول مال فيها . وانتقاص أموال المدين لا يعود بالضرر عليه وحده، بل إنه يؤدى أيضا إلى إلحاق الضرر بدائنيه ، إذا كان من شأنه أن يؤدى إلى إعساره أو يجعل هذا الاعسار يتفاقم . إذ هو فى هذه الحالة يحول بينهم وبين استيفاء ديونهم كليا أو جزئيا . ومن أجل درء هذا الضرر عن الدائنين عمد القانون إلى منحهم الحق فى استعمال حقوق مدينهم الذى تكاسل فى مباشرتها، وذلك باسمه ونيابة عنه . وفى ذلك تقضى المادة ٢٣٥ بأنه . « ١ — لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز .

٢ — ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو يزيد فى هذا الاعسار ، ولا يشترط إعذار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصماً فى الدعوى ».

والغالب فى استعمال الدائن حقوق مدينه أن يجىء فى صورة دعوى ، يرفعها الدائن على مدين مدينه ويطالبه فيها باسم المدين ونيابة عنه ، بحق هذا الأخير عليه . ومثال ذلك أن يهمل المدين فى المطالبة بدينه ، فيجىء دائنه ويطالب بهذا الدين باسمه ، وأن يغتصب شخص مالا للمدين ويدعى ملكيته ، فيأتى الدائن ويرفع دعوى الاستحقاق باسم مدينه على المغتصب ، حتى تخلص له (للمدين) الملكية ، تمهيداً لقيامه هو (الدائن) بالتنفيذ على المال واستيفاء دينه من ثمنه ، وأن يرفع الدائن دعوى فسخ أو إبطال عقد بيع أبرمه مدينه لصالح شخص ثالث ، لكى يصل من وراءها إلى إرجاع المبيع فى ذمة المدين ، حتى يتيسر له التنفيذ عليه .

وإذا غلب فى العمل أن يجىء استعمال الدائن حقوق مدينه فى صورة الدعوى ، فإن هذا ليس حتماً . فقد يجىء هذا الاستعمال فى صورة إجراء يتخذه الدائن باسم مدينه ولحسابه ، كما إذا قام الدائن بتسجيل عقد بيع اشترى به المدين عقاراً ، حتى تنتقل ملكية العقار إلى هذا المدين ، فيستطيع الدائن بذلك أن ينفذ عليه ، وكما إذا قطع الدائن تقادماً مكسباً يسرى ضد مدينه على مال من أمواله ، ويوشك أن يتم ، ليمنع بذلك خروج هذا المال من ذمة المدين وبالتالى من الضمان العام الذى له على أمواله ، وكما إذا قيد الدائن رهناً مقرراً لصالح مدينه .

وكان من جراء غلبة استعمال الدائن حقوق مدينه فى صورة الدعوى التى يرفعها على مدين مدينه ، أن درج نعت هذا الإجراء بالدعوى غير المباشرة action indirecte ou oblique . وتشير عبارة « غير المباشرة »

إلى أن الدعوى ترفع من الدائن ، لا بإسمه ، ولكن بإسم المدين . ثم إن الثمرة التى تأتى بها الدعوى ، فى حالة نجاحها ، تذهب إلى ذمة المدين ، وليس إلى ذمة الدائن ، حتى إذا أفاد منها هذا الأخير فيما بعد ، فهو يفيد منها عن طريق دخولها فى ذمة المدين ، أى بطريق غير مباشر .

٧٦ — طبيعة الدعوى غير المباشرة

تتنوع الإجراءات التى يتخذها الدائن على أموال مدينه ، بصفة أساسية ، إلى إجراءات تحفظية تستهدف التحفظ على هذه الأموال من التلف أو الضياع ، وإجراءات تنفيذية تستهدف إجراء التنفيذ عليها جبراً على المدين واستيفاء الدين من ثمنها .

والدعوى غير المباشرة ليست فى الحقيقة من هذا الصنف ولا من ذاك ، وإن كانت إلى الصنف الأول أقرب . فهى ليست إجراء تحفظياً محضاً إذ أن الغاية من الاجراء التحفظى ، كوضع الأختام على أموال المدين ، مثلا ، هو الابقاء على المال كما هو ومنع فقد المدين إياه . والدعوى غير المباشرة لا تقف عند هذا الحد . فهى تتجاوزه إلى استعمال حق المدين . فالدائن مثلا الذى يرفع نيابة عن مدينه ، دعوى الاسترداد على من يغتصب ماله ، لا يتحفظ على هذا المال فحسب بل هو يصل إلى الحكم على المغتصب برفع يده عن المال وتقرير ملكية المدين له دونه .

وإن تجاوزت الدعوى غير المباشرة فى مداها الإجراء التحفظى ، فهى لا تصل إلى كونها إجراءاً تنفيذياً . فإذا نجحت دعوى الاسترداد ، فى المثال السابق ، فإن الدائن لا يعتبر أنه قد باشر على المال الذى قضى باسترداده إجراء تنفيذياً . بل يلزمه ، إذا رغب فى التنفيذ عليه ، أن يباشر الاجراءات العادية لذلك . بيد أن الدعوى غير المباشرة . وإن لم تكن إجراءاً تنفيذياً ، إلا أنها تستهدف فى الغالب التمهيد لهذا التنفيذ .

٧٧ — منهاج البحث

أعطينا فيما سبق فكرة عامة عن الدعوى غير المباشرة ، مبينين المقصود منها ، والغاية التي تستهدفها ، وطبيعتها . يبقى بعد ذلك أن نتناول أحكامها . ويلزمنا لذلك أن نبدأ بتحديد نطاقها أو دائرتها ، ثم نعقب بشروط مباشرتها ، لنختتم بالآثار المترتبة عليها . وهذا ما سنؤديه فيما يلي :

٧٨ — (١) نطاق الدعوى غير المباشرة

لتحديد نطاق الدعوى غير المباشرة أو دائرتها ، يلزمنا أن نتبين الشخص الذي يسوغ له مباشرتها ، والحقوق التي يمكن مباشرتها بها . ونتناول كلا من هذين الأمرين بالتفصيل .

٧٩ — أولا : من يسوغ رفع الدعوى غير المباشرة

الدعوى غير المباشرة حق للدائن ، يرفعها باسم مدينه على مدين هذا الأخير . فليس لغير الدائن أن يباشرها . ولكن هى حق لكل دائن . فلا يلزم فى رافعها أكثر من أن يكون دائناً ، أى أن يكون له حق دائنية قبل الشخص الذى يستعمل عنه حقوقه . وقد تضمنت المادة ٢٣٥ / ١ هذا الحكم بقولها : « ١ — لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين . . . » .

فلا يلزم أن يكون للدائن حق مستحق الأداء . فإن كان اقتضاء دينه مضافاً إلى أجل لم يحل، ما منعه ذلك من رفع الدعوى غير المباشرة . والسبب فى ذلك أن رفع الدعوى غير المباشرة لا يعتبر من إجراءات التنفيذ ، كما بينا ؛ فهو أقرب إلى الإجراءات التحفظية . وكذلك لا يحرم الدائن من رفع دعواه أن يكون دينه معلقاً على شرط . ولا صعوبة بالنسبة إلى الشرط

الفاسخ ، إذ أن الدين الذى يعلق عليه ، طالما هو لم يتحقق ، يعتبر ديناً ثابتاً لصاحبه ، وإن كان مهدداً بالزوال مستقبلا . أما الشرط الواقف ، فالأمر يدق بالنسبة إليه بعض الشيء . فالالتزام المعلق عليه ، لا يوجد فى الحقيقة إلا بتحققه . ومع ذلك فالإجماع قد انعقد فى الفقه المصرى على ثبوت حق رفع الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الدائن بهذا الالتزام . ولهذا الرأى ما يبرره . إذ أن الدعوى غير المباشرة ، وإن لم تكن إجراء تحفظياً محضاً ، إلا أنها تقرب منه ، ومن ثم ساغ قياسها عليه ، وإعطاؤها حكمه الذى يقضى به القانون ؛ وهو أنه يجوز إجراؤه للدائن المعلق حقه على شرط واقف (المادة ٢٦٨) .

وإذا لم يكن ضرورياً ، لرفع الدعوى غير المباشرة ، أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ، فلا يلزم من باب أولى ، أن يكون حقه ثابتاً فى سند رسمى . فهذا الأمر لا يتحتم إلا لاتخاذ إجراءات التنفيذ . ودعوانا ليست من هذا الصنف ، وإن استهدفت فى الغالب التمهيد له .

وكذلك لا يتحتم أن يكون حق الدائن معلوم المقدار ، ولا أن يكون سابقاً فى نشوئه على تاريخ نشوء حق المدين الذى تباشر الدعوى بصدده .

خلاصة ما سبق أنه يكفى ، لاستعمال الدائن حقوق مدينه ، أن يكون دائناً له ، بمعنى أن يكون له قبله حق دائنيه . ولا أهمية بعد ذلك لمصدر الدين ، سواء أكان عقداً أم فعلا غير مشروع أم فعلا نافعاً أم نص القانون ، ولا لموضوعه ، سواء أكان التزاماً بالاعطاء أو التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل ، أو كان معلوم المقدار أو غير معلومه ، ولا للأوصاف التى تلحقه كاقترانه بأجل أو تعليقه على شرط ، ولا لتاريخ نشوئه ، ولا لصفة السند الذى يثبته سواء أكان تنفيذياً أو غير تنفيذى .

وإذا اكتفينا ، فى رافع الدعوى غير المباشرة ، بأن يكون دائناً ودائناً فقط ، فهذه الصفة لازمة فيه . ويتحتم اتسامه بها عند رفع الدعوى واستمراره

محتفظاً بها إلى الحكم نهائياً فيها . ويترتب على ذلك أنه لا يسوغ لشخص أن يرفع دعوى مدين معين ، على أساس احتمال صيرورته دائناً له فيما بعد ، كما لو كان إبناً لدائنه ، ويؤمل أن يرث الدين بعد موت أبيه ؛ فالوارث هنا ، على أحسن الفروض ، دائن محتمل ، ولكنه حالا ليس بدائن ؛ والدعوى غير المباشرة لا تثبت إلا للدائن . وإذا كان رافع الدعوى غير المباشرة دائناً عند رفعها ، ثم زالت هذه الصفة عنه ، قبل الحكم نهائياً فيها ، لأى سبب ، كأن دفع له دينه أو تحقق الشرط الفاسخ الذى كان هذا الدين معلقاً عليه ، فقد الصفة فى الاستمرار فيها .

وقد أدى وجوب ثبوت صفة الدائن فيمن يرفع الدعوى غير المباشرة إلى إثارة خلاف بين الفقهاء بصدد الحالة التى يكون فيها حق الدائن منازعاً فيه ، كما إذا أنكر المدين أو مدين هذا المدين على الدائن حقه . فمن قائل إنه لا يسوغ للدائن بحق منازع فيه أن يلجأ إلى الدعوى غير المباشرة ، فى حين أن البعض الآخر يجيزها له . والحقيقة وسط بين الرأيين . فمجرد المنازعة فى حق الدائن لا يحرمه من رفع الدعوى . ولا نستطيع ، من ناحية أخرى ، أن نجيز له هذه الدعوى ، رغم عدم التثبت من حقه . ولكن المنازعة فى حق الدائن ، إذا ما أثيرت أمام القاضى ، تعتبر مسألة أولية ، يتحتم عليه البدء بحسمها قبل أن يفصل فى موضوع الدعوى ؛ فإن استبان له أن حق الدائن موجود فى الحقيقة ، قبل الدعوى ، وإذا تبين له العكس ، حكم بعدم قبولها .

٨ ـ ثانياً : حقوق المدين التى يجوز للدائن مباشرتها عنه

حددنا فيما سبق نطاق الدعوى غير المباشرة من حيث الشخص الذى يسوغ له رفعها ، ورأينا أن هذا الشخص هو الدائن مجرداً عن أى اعتبار آخر . ونريد هنا أن نحدد نطاق هذه الدعوى ، من حيث الحقوق التى ترد

عليها : فهل يسوغ للدائن أن يباشر عن مدينه كل حقوقه ، أم أنه يقتصر فى ذلك على بعض هذه الحقوق دون بعضها الآخر ؟

واضح أنه لا يمكن أن نجيز للدائن استعمال كل حقوق مدينه ، وإلا كان فى ذلك إهدار لحرية هذا المدين وتنكر لشخصيته . وقد لجأت المادة ٢٣٥/١ إلى إبراز هذه الفكرة بقولها : « لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز » . ومن هذا النص يبين أن حقوق المدين التى ترد عليها الدعوى غير المباشرة تتقيد بالقيدين الآتيين :

القيد الأول : عدم قابلية الحق للحجز : فإذا كان الحق غير قابل للحجز ، ما ساغ للدائن مباشرته عن مدينه . وعلة هذا الحكم واضحة . إذ أن الدائن ، برفعه الدعوى غير المباشرة ، يستهدف الإفادة من هذا الحق عن طريق إدخاله فى ذمة مدينه ، تمهيداً لإجراء التنفيذ عليه فيما بعد . فإذا كان الحق غير قابل للحجز أصـــلا ، كان استعمال الدائن إياه غير منتج له . وهكذا لا يسوغ للدائن أن يطالب باسم مدينه بنفقة مقررة له على الغير ، إلا إذا كان هو بدوره دائناً بالنفقة ؛ إذ أن دين النفقة غير قابل للحجز عليه إلا وفاء لنفقة مقررة وفى حدود الربع (المـادة ٤٨٦ مرافعات) . ولا يجوز أيضاً للدائن أن يرفع باسم مدينه دعوى استرداد أرض له ، إذا كان كل ما يملكه هذا المدين من الأراضى ، ومن بينها الأرض موضوع الدعوى ، لا يتجاوز خمسة أفدنة ؛ إذ أنه لا يجوز الحجز على تلك الأرض ، تطبيقاً للقانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ .

القيد الثانى : عدم اتصال الحق بشخص المدين خاصة : فإذا كان الحق متصلا بشخص المدين خاصة ، امتنع على دائنه استعماله عنه . ولـكن متى يعتبر الحق من هذا النوع ؟

كون الحق متصلاً بشخص المدين خاصة droit exclusivement attaché

à la personne اصطلاح تقليدى أخذناه عن القانون الفرنسى . وفيه كثير من الغموض ، ويمكن القول بأن يشمل الأمور الآتية :

١ — الحقوق غير المالية . فجميع الحقوق غير المالية ، سواء أكانت حقوقاً سياسية أم متعلقة بالأسرة ، تعتبر متصلة بشخص المدين خاصة ، ولا يجوز بالتالى لدائنه أن يستعملها عنه ، ولا صعوبة فى هذا الأمر ، والكل مجمع عليه . فلا يسوغ للدائن أن يتولى عن مدينه ترشيحه لمجلس الأمة ، ولا قيده فى جدول المحامين . كما إنه لا يجوز له أن يرفع عن مدينه دعوى بطلاق زوجته أو بثبوت نسبه . ويسرى هذا القول ، حتى لو كان من شأن استعمال حق المدين أن يدر عليه فائدة مالية ، كما لو كان فى طلاقه من زوجته الكف عن إلزامه بالنفقة عليها ، أو كان فى ثبوت نسبه استحقاقه فى إرث .

٢ — إدارة أموال المدين : كل ما يتعلق بطريقة إدارة المدين لأمواله يعتبر متصلا بشخصه خاصة ، ولا يسوغ لدائنيه أن يباشروه عنه . والقول بغير ذلك يؤدى إلى تدخل هؤلاء فى صميم شئونه ، الأمر الذى يتضمن اعتداء على حريته وإهداراً لشخصيته وفرض نوع من الوصاية عليه . فلا يجوز للدائن ، مثلا ، أن يؤجر أموال مدينه نيابة عنه ، بحجة أن المدين لا يحسن إيجارها أو أنه لا يحسن استغلالها بنفسه ، ولا يجوز للدائن أن يطلب إنهاء إيجار أبرمه مدينه بحجة ارتفاع الأجرة ، ولا يجوز له أن يقبل عن مدينه عرضاً وجه إليه بصدد إبرام صفقة من الصفقات ، إذ أن إبرام العقود من صميم عمل المدين ، ولا يجوز أن يطلب الشفعة له ، إلى غير ذلك من الأمور التى تتعلق بطريقة إدارة المدين أمواله .

٣ — الحقوق المالية التى تقوم مباشرتها على اعتبارات أدبية تمس شخص المدين . ومثال ذلك حق المدين فى طلب التعويض عن الضرر الأدبى ، وحقه فى قبول وصية ، وحقه فى الرجوع فى هبة عقدها لجحود الموهوب له أ

لكون الواهب قد أصبح عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته أو لكونه قد رزق ولداً، وحق المدين فى نشر مؤلفه أو إعادة نشره. فى كل هذه الأمثلة وما يشابهها إذا قام استعمال الحق على اعتبارات أدبية لها مسيس الاتصال بشخص المدين، كان لهذا وحده أن يقدر تلك الاعتبارات وما ساغ أن يحل الدائن محله فيها، ومن ثم امتنع عليه أن يباشر الدعوى غير المباشرة.

ويلاحظ أننا، فى سردنا للأمثلة السابقة، لم نفعل أكثر من التمشى مع ما يغلب حصوله فى العمل، وهو تأثر استعمال الحق باعتبارات أدبية يتحتم ترك تقديرها للمدين. فتلك الأمثلة لا تصدق إلا إذا توافر فيها هذا الأمر. وعلى هذا فإذا استبان للقاضى، فى أى من الأمثلة السابقة، إن احجام المدين عن استعمال حقه لا يرجع إلى تقديره للاعتبارات الأدبية، ولكن لمجرد تكاسله أو عدم اهتمامه أو عجزه عما يتطلبه الأمر من مصروفات أو لرغبته فى الإضرار بدائنيه، ما كان له أن يمنع الدائن من أن يستعمل عن مدينه هذا الحق. فإذا ثبت، مثلا، أن عدم قبول المدين الوصية التى أجريت له لا يرجع إلى اعتبارات أدبيه تملى عليه عدم قبولها، ولكن لمجرد خموله أو رغبته فى الإضرار بدائنيه، كان لأى من هؤلاء أن يقبل الوصية عنه. ويلاحظ أنه إذا رفع الدائن الدعوى غير المباشرة، ولم يتمسك المدين (ويلزم إدخاله فى هذه الدعوى كما سيجىء) بأن استعمال الحق متروك لاعتبارات أدبية يستقل هو بتقديرها، اعتبر هذا الحق غير متعلق بشخصه، وامتنع على القاضى الحكم بعدم قبولها، حتى لو طلب ذلك الخصم الذى رفعت الدعوى عليه، وهو مدين المدين.

وفى حدود القيدين اللذين بيناهما، وهما عدم قابلية الحق للحجز، وعدم اتصال الحق بشخص المدين خاصة، يسوغ للدائن أن يستعمل كافة حقوق مدينه، على فرض توافر شروط الدعوى غير المباشرة التى سنحددها فيما بعد. فإلى جانب الأمثلة التى سبق سردها، يجوز للدائن أن يرفع عن مدينه دعوى

ضمان الاستحقاق ، ودعوى ضمان العيوب الخفية ، ودعوى إبطال العقد لنقص الأهلية أو لعيب من عيوب الرضا ، ودعوى تقديم الحساب ، ودعوى القسمة ، كما يجوز للدائن أن يتمسك باسم مدينه بالتقادم الذى يسرى لصالحه ، سواء أكان هذا التقادم مسقطاً لالتزام عليه (المادة ١/٣٨٧) ، أم مكسباً حقاً له (المادة ٩٧٣) .

ويلاحظ فى النهاية أن كثيراً من الفقهاء فى فرنسا وفى مصر يقولون ، بصدد بيـــان الحقوق التى يجوز للدائن أن يستعملها باسم مدينه وتلك التى يجوز له ذلك ، بالتفرقة بين الحق والرخصة ، مبشرين بأنه لا يجوز للدائن أن يستعمل الرخص المقررة لمدينه ، وأنه يجوز له أن يستعمل عنه حقوقه ما دامت غير متصلة بشخصه وقابلة للحجز . وقد تعمدنا ألا نشير إلى تلك التفرقة ، لشدة غموضها وإبهامها ، ولأنها تؤدى إلى الزلل فى كثير من الأحيان(١) .

٨١ — (ب) شروط الدعوى غير المباشرة

حددنا فيما سبق نطاق الدعوى غير المباشرة ، من حيث الدائن الذى يسوغ له رفعها ، والحقوق التى يمكن استعمالها عن طريقها ، والفرض هنا أننا أمام دائن ممن يسوغ لهم رفع دعوانا ، وأمام حق مما يمكن مباشرته عن طريقها ، ونريد أن نحدد الشروط التى يلزم توافرها ، لكى يستطيع ذلك الدائن أن يستعمل عن مدينه هذا الحق ، أى أن يلجأ بشأنه إلى الدعوى غير المباشرة .

وتتحدد هذه الشروط بالغاية التى تستهدفها الدعوى غير المباشرة ، وهى ، كما بينا ، منع قعود المدين وتكاسله فى مباشرة حقوقه من إلحاق الضرر بدائنيه

(١) انظر فى نقد التفرقة بين الحق والرخصة ، اسماعيل غانم ، نبذة ٨٣ وهامش رقم ١ ص ١٨٣ .

بسبب الحيلولة بينهم وبين استيفاء حقوقهم كلياً أو جزئياً . وتمشياً مع هذه الغاية ، جاءت المادة ٢/٢٣٥ تحدد شروط دعوانا بقولها :

« ٢ — ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد في هذا الإعسار ، ولا يشترط إعذار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله (خصماً) في الدعوى » . ومن هذا النص ، يتضح أنه يلزم ، لاستعمال الدائن حقوق مدينه ، أو لرفع الدعوى غير المباشرة ، توافر الشروط الثلاثة الآتية :

١ — قعود المدين عن استعمال حقه بنفسه . وهذا هو الشرط الرئيسي . وتبريره واضح للعيان . إذ أن الغاية من الدعوى غير المباشرة هي أن يدرأ الدائن بها الضرر الذي يتهدده بسبب تكاسل المدين واهماله في مباشرة حقوقه . فإذا كان المدين قد نشط إلى استعمال حقه بنفسه ، أو كانت أمامه فسحة من الوقت لاستعماله دون ما ضرر ، ما ساغ للدائن أن يرميه بالتقصير والإهمال.

ولا يلزم لمباشرة دعوانا إلا قعود المدين في استعمال حقه بنفسه ، حينما تستلزم مصلحة الدائن نشاطه . فلا يهم بعد ذلك سبب قعوده ، سواء أكان سوء نيته ورغبته في الإضرار بالدائن ، أم مجرد تكاسله وخموله . ويقع عبء إثبات قعود المدين عن استعمال حقه على الدائن.

ويترتب على استلزام قعود المدين عن استعمال حقه أنه إذا ثبت هذا القعود في بادىء الأمر ، فرفع الدائن الدعوى غير المباشرة ، ثم نشط المدين بعد إدخاله فيها ، ولجأ إلى الدفاع عن حقه متخذاً موقفاً إيجابياً لا ينم عن تلكؤ أو إهمال ، فقد الدائن صفته في الاستمرار في توجيه هذه الدعوى ، باعتباره نائباً عن المدين فيها ، وإن كان له أن يبقى فيها باعتباره طرفاً منضماً (المادة

١٥٣ مرافعات) ، ليحول دون ما قد يلجأ إليه المدين فيما بعد من تواطؤ أو إهمال .

٢ — لا يكفي أن يقعد المدين عن استعمال حقه ، بل يلزم أن يكون من شأن عدم استعماله هذا الحق أن يسبب إعساره أو يزيد فيه . فإن كان المدين مقتدراً ، وتكفي أمواله للوفاء بديونه ، بغض النظر عن الحق الذى أهمل في مباشرته ، ما كان للدائن أن يتضرر من هذا الإهمال ، إذ هو يستطيع أن يستوفي حقه كاملا من تلك الأموال . ولا دعوى بلا مصلحة .

ويجب تفسير الإعسار هنا على هدى الغاية التي تستهدفها الدعوى غير المباشرة ، وهي منع تكاسل المدين وقعوده عن استعمال حقه من أن يحول بين الدائن وبين استيفاء دينه كلياً أو جزئياً . فلا يلزم أن يكون الإعسار قانونياً ، بمعنى أن يكون القضاء قد حكم بشهره ، بل يكفي أن يكون واقعياً ، وهو يكون كذلك في كل حالة تزيد فيها ديون المدين على حقوقه ، سواء أوصل المدين إلى تلك الحالة بغض النظر عن الحق الذى أهمل في استعماله ، أم كان من شأن هذا الإهمال أن يصل به إليها . بل إننا نرى أن المدين يعتبر معسراً ، في منطق الدعوى غير المباشرة ، إذا كان من شأن إحجامه عن مباشرة حقه ، أن يحول بين دائنه وبين استيفاء حقه منه ، على النحو الذى تقتضيه ظروف الحال ، حتى لو كان الإعسار بمعناه العادي المألوف ، وهو زيادة ديون المدين على أمواله ، لا يتوافر[1] .

---

(١) وتتوافر هذه الحالة ، على وجه الخصوص ، عندما يشترى شخص عقاراً بعقد غير مسجل ، ثم يبيعه إلى آخر . ففي هذه الحالة ، يستحيل على المشترى الثاني أن يسجل عقده وينقل ملكية المبيع إليه ، ما بقي عقد المشترى الأول غير مسجل . فإن أحجم هذا الأخير عن تسجيل البيع الصادر إليه ، اعتبر معسراً ، بالنسبة إلى تنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار إلى المشترى منه ، حتى لو كانت لديه وفرة من المال تغطى كل ديونه ، مادام المشترى منه يتمسك بالتنفيذ العيني لالتزامه. ويترتب على ذلك أن يثبت للمشترى الثاني ، أن يرفع ، باسم البائع له ، دعوى بصحة ونفاذ البيع الصادر إليه ، تمهيداً لتسجيله ثم تسجيل عقده هو بعد ذلك .

وكما هي الحال بالنسبة إلى قعود المدين عن استعمال حقه ، يقع عبء إثبات إعساره على الدائن . وما على الدائن ، لإقامة الدليل على إعسار مدينه ، إلا أن يثبت مقدار ما عليه من ديون ؛ وعلى المدين أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة تلك الديون أو يزيد عليها (المادة ٢٣٩) .

٣ — والشرط الثالث والأخير لاستعمال الدائن حقوق مدينه عن طريق رفع الدعوى غير المباشرة هو إدخال المدين في هذه الدعوى . وهو شرط يتعلق بالإجراءات ، كما هو ظاهر .

والحكمة من استلزام إدخال المدين في الدعوى غير المباشرة ظاهرة . إذ هو الخصم الأصيل ، وما الدائن فيها إلا مجرد نائب عنه ؛ فلزم أن يكون موجوداً فيها بنفسه ، ليسهم في الدفاع عن مصلحته ضد مدينه هو . ثم إنه إذا لم يدخل المدين في الدعوى ، كان الحكم الصادر فيها غير سار في مواجهته ، وبالتالي فقد قيمته العملية .

وإذا لم يدخل المدين في الدعوى ، ولم يدخل هو فيها من تلقاء نفسه ، كانت غير مقبولة ، لتخلف شرط من شروط مباشرتها .

وإذا لزم إدخال المدين في الدعوى غير المباشرة ، فان إعذاره ليس ضروريا . فالإعذار ، كما بينا ، دعوة يوجهها الدائن لمدينه يدعوه فيها إلى الوفاء بالتزامه ، وإلا اعتبر مقصراً . والدائن برفعه الدعوى غير المباشرة ، أو باستعماله حقوق مدينه عموما ، لا يطالب بحقه هو قبله ، وإنما يطالب بحق المدين قبل الغير ، باسمه ونيابة عنه .

٨٣ — أثر الدعوى غير المباشرة

بينا فيما سبق الدائن الذي يسوغ له رفع الدعوى غير المباشرة ، والحقوق التي ترد عليها هذه الدعوى ، ثم شروط مباشرتها . والفرض الآن أن شروط

هذه الدعوى متوافرة ، وأن الدائن الذى يجوز له مباشرتها قد رفعها بالفعل عن حق يجوز رفعها بصدده . ونريد هنا أن نحدد الآثار التى تترتب على رفعها وعلى الحكم فيها .

والفكرة الأساسية التى تهيمن على آثار الدعوى غير المباشرة هى أن الدائن ، فى رفعها ، يعتبر نائبا عن المدين نيابة قانونية ، أى ناشئة عن القانون مباشرة ، وإن اتسمت هذه النيابة بالشذوذ . ويرجع هذا الشذوذ إلى أنها مقررة لفائدة النائب ، وهو هنا الدائن ، فى حين أن النيابة تقرر فى العادة لفائدة الأصيل . ويترتب على كون نيابة الدائن مقررة لصالح الدائن دون المدين ، أن وجوده فى الدعوى لا يغنى عن وجود المدين ، بل يتحتم إدخاله معه فيها ، كما سبق لنا البيان .

ونيابة الدائن عن المدين هنا نيابة قاصرة محدودة . فهى لا ترد إلا على استعمال حقوق المدين ، عن طريق التحفظ عليها والمطالبة بها قضاء . فهى لا تقع على التصرف فى حقوق المدين . ومن ثم لا يسوغ للدائن أن يصطلح على حق المدين او ينزل عنه أو يجرى أى تصرف آخر فيه . فإن فعل ، كان تصرفه غير نافذ فى مواجهة المدين ، مالم يقره .

ويترتب على اعتبار الدائن ، فى استعماله حقوق مدينه ، نائباً عن هذا المدين ، أن رفع الدعوى غير المباشرة والحكم فيها ينتجان نفس الآثار التى كانت لتترتب ، لو أن المدين هو الذى أقامها بنفسه . وعلى الأخص لا تئول ثمرة الدعوى ، إن أثمرت ، للدائن الذى رفعها ، بل تذهب إلى ذمة المدين ، وتدخل بذلك فى الضمان العام المقرر لكل دائنيه . وقد ركزت المادة ٢٣٦ هذه الفكرة بقولها : « يعتبر الدائن فى استعماله حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين ، وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين وتكون ضمانا لجميع دائنيه » .

هذا هو مجمل الآثار التي تترتب على رفع الدعوى غير المباشرة والحكم فيها . ولتفصيل ما أجملناه، نتناول آثار هذه الدعوى بالنسبة إلى المدين، وبالنسبة إلى الخصم الذي ترفع عليه أي مدين المدين ، وبالنسبة إلى الدائن الذي رفعها إلى غيره من الدائنين .

٨٣ — أولاً . أثر الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى المدين

لا يؤثر رفع الدعوى غير المباشرة في سلطة المدين على الحق الذي ترفع هذه الدعوى بصدده ، فيبقى المدين مطلق التصرف في هذا الحق ، كما كان له قبل رفعها . وعلة ذلك أن الدائن ، في استعماله حقوق مدينه ، يعتبر نائباً عنه في ذلك ، والنيابة لا تغل يد الأصيل عن التصرف فيما ناب عنه غيره فيه .

وهكذا يسوغ للمدين ، رغم استعمال الدائن لحق من حقوقه ، أن يجري على هذا الحق كافة التصرفات القانونية . فإذا رفع الدائن ، مثلا ، الدعوى غير المباشرة على شخص اغتصب أرضاً للمدين مطالباً الحكم باستحقاق المدين لهذه الأرض ، فإن رفع هذه الدعوى لا يمنع المدين من أن يجري على الأرض كافة التصرفات ، كأن يبيعها أو يهبها أو يقايض عليها أو يرهنها أو يتصالح عليها ، وسواء في هذا أن يبرم التصرف لصالح شخص من الغير أم لصالح المغتصب نفسه . وإذا طالب الدائن ، باسم مدينه ، بدين لهذا المدين على آخر ، فإن ذلك لا يمنع المدين من أن يقبض قيمة الدين أو يستقضيه بأي سبب آخر من أسباب انقضاء الالتزام ، أو يحوله أو يبرىء المدين منه . فكل تصرفات المدين في حقه ، رغم رفع الدعوى غير المباشرة بصدده ، تقع سائغة . ولا يجوز للدائن الذي رفع تلك الدعوى أن يهاجمها إلا عن طريق الدعوى البوليصية ، إذا توافرت له شروطها ، شأنه في هذا شأن أي دائن آخر .

وفى عدم منع المدين من التصرف فى حقه ، برغم رفع الدعوى غير المباشرة بصدده ، يتمثل قصور هذه الدعوى وعجزها ، لاسيما إذا كان هذا الحق هو مبلغ نقدى . وهذا ما يفسر ندرة الالتجاء إليها . ويفضلها بكثير التجاء الدائن إلى إجراء حجز ما للمدين لدى الغير . لأن من مقتضى هذا الحجز ، ألا يسرى فى حق الدائن الحاجز أى تصرف يجريه المدين فى الدين بعد إعلانه بورقة الحجز ، كما أنه لا يسرى فى حقه وفاء المحجوز لديه بالدين .

٨٤ — أثر الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى مدين المدين

كما أن رفع الدعوى غير المباشرة لا يؤثر فى سلطة المدين فى التصرف فى حقه الذى رفعت تلك الدعوى به ، فإنه لا يؤثر أيضاً فى مركز مدين المدين ، وهو الخصم الذى ترفع الدعوى ضده . فمدين المدين يرى نفسه فى نفس المركز الذى كان ليوجد فيه ، لو أن المدين هو الذى رفع عليه الدعوى بنفسه . فالدائن لا يرفع الدعوى هنا باسمه ، ولكن باسم المدين ونيابة عنه . فرافع الدعوى الحقيقى إذاً هو المدين ، وإن تقمص الدائن شخصيته . يترتب على ذلك أن مدين المدين يستطيع أن يتمسك فى مواجهة الدائن الذى يرفع الدعوى غير المباشرة عليه ، بكافة الدفوع التى كان له أن يتمسك بها فى مواجهة المدين شخصياً ، دون تفريق فى هذا بين الدفوع التى نشأ سببها قبل رفع الدعوى ، وتلك التى قام سببها بعد ذلك . فله ، مثلا ، أن يتمسك فى مواجهة الدائن ببطلان العقد الذى ينشأ الالتزام ، لأى سبب من أسباب البطلان ، وبفسخ هذا العقد إذا كان المدين لم ينفذ التزاماته الناشئة عنه ، وبالدفع بعدم التنفيذ ، وبانقضاء دينه بوفائه للمدين حتى لو كان هذا الوفاء قد تم بعد رفع الدعوى ، وبانقضاء هذا الدين بالمقاصة بينه وبين حق له على المدين حتى لو كانت هذه المقاصة قد وقعت بعد رفع الدعوى ، وبانقضاء هذا الدين بأى سبب آخر من أسباب انقضاء الالتزام .

وإذا كان لمدين المدين أن يتمسك ، فى مواجهة الدائن الذى يرفع عليه الدعوى غير المباشرة ، بكل الدفوع التى كان له أن يتمسك بها فى مواجهة المدين ، لو أنه هو الذى رفع عليه الدعوى بنفسه ، إلا أنه لا يسوغ له بالضرورة أن يتمسك ، لدفع هذه الدعوى ، بالدفوع الخاصة بالدائن . لأن الدائن لا يرفع الدعوى غير المباشرة إلا نيابة عن المدين ؛ والدعوى التى يرفعها النائب باسم الأصيل لا تدفع بالدفوع الخاصة بالنائب ، ولكن فقط بالدفوع الخاصة بالأصيل . وعلى هذا فإذا كان مدين المدين دائناً للدائن ، الذى يرفع عليه الدعوى غير المباشرة ، ما ساغ له أن يتمسك ، لدفع هذه الدعوى ، بالمقاصة .

٨٥ — أثر الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الدائنين

الدائن فى رفعه الدعوى غير المباشرة ، لا يعدو أن يكون نائباً عن مدينه فى رفعها ، كما قلنا مراراً . ولذلك فثمرة هذه الدعوى ، إذا نجحت ، لا تنصرف إلى الدائن الذى باشرها ، بل تنصرف إلى المدين . فهو صاحب الحق ، ولم يفعل الدائن أكثر من المطالبة له به .

وما دام الحق قد ثبت للمدين ، فهو يدخل فى ذمته ، وبالتالى فى الضمان العام المقرر لكل دائنيه ، دون تفريق فى هذا بين من رفع منهم الدعوى غير المباشرة أو اشترك فيها ، وبين من ظل بعيداً عنها . فرافع الدعوى غير المباشرة لا يستأثر بثمرتها . بل هو لا يتقدم على غيره من دائنى المدين فى استيفاء أصل حقه[1] منها . بل هو لا يستطيع أن يستوفى حقه من ثمرة الدعوى ، إلا إذا لجأ إلى اجراءات التنفيذ عليها ، شأنه فى هذا شأن غيره من الدائنين ، وعلى قدم المساواة بينهم . وقد ركز الشرع هذه الفكرة فى المادة ٢٣٦ التى تقضى بأنه :

(١) ولكن يثبت له على ثمرة الدعوى حق امتياز يضمن له المصروفات التى أنفقها فى مباشرة الدعوى ، وهذا هو امتياز المصروفات القضائية .

« يعتبر الدائن فى استعمال حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين ، وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه » .

٨٦ — الدعوى المباشرة

تبينا خلال دراستنا لنظام الدعوى غير المباشرة مدى ماتتسم به هذه الدعوى من قصور فى حماية حق الدائن الذى يلجأ إليها . فقضلا عن النطاق الضيق الذى تباشر فيه ، والذى يتحدد بقعود المدين عن مباشرة حقه فى الحالة التى يؤدى فيها قعوده هذا إلى إعساره أو إلى تفاقم هذا الإعسار ، نجد أن مباشرة الدائن لتلك الدعوى يعتريها ، فى سبيل حماية حقه ، القصور من ناحيتين أساسيتين ، هما الآتيتان :

(الأولى) استعمال الدائن حق مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة لا يحرم المدين من التصرف فى حقه . فالدائن يعتبر هنا مجرد نائب عن المدين . ولذلك يبقى المدين سيد الموقف . فله أن يتصرف فى حقه بكل أنواع التصرفات التى كان له أن يباشرها عليه قبل رفع الدعوى[1] . فإن كان موضوع الحق الذى رفعت به الدعوى مبلغاً من النقود ، مثلا ، كان للمدين أن يستأديه ، بل كان له أن يبرىء المدين منه . وبهذا يقع مجهود الدائن مهدداً بالفشل .

(الثانية) وحتى لو أثمرت الدعوى غير المباشرة ، فالدائن الذى رفعها لا يستأثر بثمرتها . فهى تئول إلى المدين ، كما بينا . ومؤدى أيلولتها إلى المدين وقوعها فى الضمان العام المقرر لجميع دائنيه . وهكذا يرى الدائن الذى يرفع الدعوى غير المباشرة نفسه على قدم المساواة مع غيره من الدائنين العاديين الذين يشتركون معه فى التنفيذ على الحق الذى أفلحت الدعوى فى تقريره

---

(١) مع عدم الإخلال بحق الدائن فى الطعن فى هذه التصرفات بالدعوى البوليصية ، إذا توافرت شروطها .

للمدين ، حتى إذا ما تزاحموا ، اقتسموه قسمة غرماء .

وأمام قصور الدعوى غير المباشرة فى حفظ حق الدائن الذى يلجأ إليها، رأى المشرع أن يقرنها بنظام آخر أكثر فائدة، وهذا هو نظام الدعوى المباشرة .

ومؤدى نظام الدعوى المباشرة، أن يطالب الدائن بحقه على مدينه ، من مدين المدين ، لا باسم المدين و نيابة عنه ، كما هى الحال فى الدعوى غير المباشرة ، ولكن باسمه هو (أى الدائن) وباعتباره أصيلا عن نفسه . فالقانون هنا يمنح الدائن حقاً ذاتياً فى أن يستأدى دينه ، لا من مدينه فحسب ، بل من مدين مدينه أيضاً . ومثال ذلك أن يؤجر زيد داره لمحمود ، ثم يجىء محمود فيؤجر بدوره الدار من الباطن لعمر ؛ هنا يمنح القانون لزيد (المؤجر الأصلى) دعوى مباشرة ضد عمر (المستأجر من الباطن) ، بمقتضاها يستطيع أن يطالبه باسمه (باسم زيد) بالأجرة التى تكون ثابتة فى ذمته (ذمة عمر) لمحمود (المستأجر الأصلى) عند إنذاره بدفعها له (المادة ٥٩٦/٢) ، وذلك بطبيعة الحال فى حدود ما يكون ثابتاً لزيد على محمود بمقتضى الإيجار المبرم بينهما .

وتختلف الدعوى المباشرة اختلافا أساسياً عن الدعوى غير المباشرة ؛ وذلك بالنسبة إلى نطاق كل منهما ، والوسيلة التى تقوم عليها ، والأثر المترتب عنها .

فالنسبة إلى نطاق كل من الدعويين ، نرى أن الدعوى غير المباشرة تتسم بالعموم والشمول ، بمعنى أن لكل دائن أن يباشرها ، مادامت شروطها قد توافرت . فهى لا تتقيد بنوع معين من الدائنين . أما الدعوى المباشرة ، فهى دعوى استثنائية ، لا تثبت إلا فى حالات فردية خاصة بالغة القلة ؛ بل إنه يلزم ، لثبوتها فى حالة معينة ، أن يقضى القانون بذلك ؛ فهى لا تكون بغير نص خاص يقررها .

وبالنسبة إلى الوسيلة التى تقوم عليها كل من الدعويين ، نرى أن من

مقتضى الدعوى غير المباشرة أن يستعمل الدائن حق مدينه باسم هذا المدين ونيابة عنه. أما فى الدعوى المباشرة ، فالدائن لا يستعمل حقاً للمدين باسم هذا المدين ونيابة عنه؛ ولكنه يستعمل حقاً ثابتاً له هو شخصياً ، وهو يباشره لذلك باسمه وباعتباره أصلا عن نفسه.

ويترتب على اختلاف الوسيلة التى يقوم عليها كل من الدعويين ، اختلاف جوهرى فى الآثار المترتبة عنهما . فى حين أن رفع الدعوى غير المباشرة لا يغل يد المدين فى التصرف فى حقه ، كما سبق أن بينا تفصيلا ، نرى أن تصرفات المدين فى حقه الذى يرفع الدائن بصدده الدعوى المباشرة ، لا تنفذ فى حق الدائن. فإذا جاء المستأجر الأصلى ، مثلا ، وتنازل عن الأجرة المستحقة له على المستأجر من الباطن ، بعد إنذار المؤجر الأصلى لهذا الأخير بأن يدفع له هو الأجرة المستحقة عليه ، كان هذا التنازل غير سار فى مواجهة المؤجر الأصلى . وكذلك الحال بالنسبة إلى دفع المستأجر من الباطن الأجرة المستحقة عليه للمستأجر الأصلى ، بعد إنذار المؤجر الأصلى له بأن يدفع له تلك الأجرة مباشرة.

وتختلف آثار الدعويين ، من ناحية أخرى أساسية . فقد رأينا أن ثمرة الدعوى غير المباشرة ، إذا ما نجحت ، تئول للمدين ، فلا يستأثر بها الدائن الذى رفعها ، وإنما يقاسمه فيها قسمة غرماء غيره من الدائنين الذين يشتركون معه فى التنفيذ عليها ؛ اما ثمرة الدعوى غير المباشرة ، فيستأثر بها رافعها . لأن الدائن الذى يرفع الدعوى المباشرة ، يرفعها تأسيساً على حق ثابت له شخصياً فى اقتضاء حقه على مدينه من مدين هذا المدين . وعلى هذا لا يخضع الدائن هنا لمزاحمة الدائنين الآخرين لمدينه. وهذه هى الميزة الأساسية للدعوى المباشرة ، والتى من شأنها أن ترى رافعها نفسه فى مركز متميز عن ذلك الذى يوجد فيه باقى دائنى المدين ؛ وبهذه الميزة تقترب الدعوى المباشرة من حق الامتياز ، الأمر الذى جعل الاجماع ينعقد على أنها لا تثبت إلا بنص خاص ،

شأنها فى هذا شأن حق الامتياز ، وذلك تحديداً للقيود التى تردعلى المبدأ الأساسى الذى يقضى بالمساواة بين الدائنين .

ولسنا هنا بصدد سرد جميع الحالات التى تثبت فيها الدعوى المباشرة . ويكفينا أن نذكر بعض أمثلة لهـا . ومن تلك الأمثلة ، الدعوى التى تثبت للمؤجر قبل المستأجر من الباطن بالأجرة المستحقة على هذا الأخير لصالح المستأجر الأصلى وقت أن ينذره المؤجر (المادة ٥٩٦ /١) والدعوى التى تثبت للمقاول من الباطن قبل رب العمل بما يكون مستحقاً على هذا الأخير للمقاول الأصلى وقت رفعها (المادة ٦٦٢/١) ، ودعوى العامل المصاب قبل شركة التأمين التى أمنت رب العمل عن حوادث العمل بالتعويض المستحق له (المادة ٩ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠) .

٢ — دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين فى حق دائنيه

أو الدعوى البولصية

٨٧ — تبينا فيما سبق أن القانون يكفل الوفاء بحق الدائن بتقريره أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه (المادة ٢٣٤/١)، ورأينا ، نتيجة لتلك الفكرة أن افتقار المدين أو اغتناءه يؤثر فى دائنيه ، من حيث إضعاف فرص استيفائهم حقوقهم أو زيادتها . ومن أجل ذلك يعمد القـانون إلى تسليح الدائن بما قد يمكنه من منع افتقار مدينه، فى الحالة التى يكون من شأن هـذا الافتقار فيها أن يضيع عليه فرصة استيفاء حقه كاملا . وقد رأينا مظهراً لذلك فى الدعوى غير المباشرة ، التى يتوصل الدائن عن طريقها إلى اتقاء الضرر الذى من شأن قعود المدين وخموله فى استعمال حقوقه أن يرتبه له . وقد لا يقتصر المدين على اتخاذ موقف سلبى يتضمن القعود أو التكاسل فى استعمال حقوقه ، وإنما يتخذ موقفاً إيجابياً ، بأن يتصرف فى مال له أو يعقد ديناً جديداً يثقل كاهله . وكان لابد للمشرع من أن يمنح الدائن وسيلة يواجه

بها هذا الموقف الإيجابي من مدينه ، عندما يتحقق إضراره به ، وقد عمد إلى ذلك فعلا بتخويل الدائن الحق فى أن يعتبر التصرف الصادر من مدينه غير سار أو غير نافذ فى مواجهته ، إذا توافرت شروط معينة . وفى ذلك تقضى المادة ٢٣٧ بأنه « لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه ، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته وترتب عليه اعسار المدين أو الزيادة فى اعساره ، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها فى المادة التالية » .

والوسيلة التى يلجأ إليها الدائن لتقرير عدم نفاذ تصرف المدين فى مواجهته ، هى دعوى يرفعها على هذا المدين وعلى المتصرف له منه . ومثال ذلك أن يبيع المدين أرضه ، فيرفع الدائن دعوى يختصم فيها هذا المدين ومن اشترى منه الأرض ، ويطلب فيها الحكم بعدم نفاذ البيع فى مواجهته . من أجل ذلك تسمى هذه الوسيلة بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق دائنيه . ويطلق عليها اسم آخر أكثر شيوعاً ، لأنه قد أضفى عليها من عهد بعيد تمتد جذوره عميقاً فى دنيا الماضى ، وهذا الاسم هو «الدعوى البولصية «action paulienne» نسبة إلى البريتير الرومانى Paul أو بولص الذى ادعى البعض أنه هو أول من أدخل هذه الدعوى فى القانون الرومانى[1] .

والغاية التى تستهدفها دعوى عدم نفاذ تصرف المدين فى حق دائنيه أو الدعوى البولصية ، هى تقرير عدم وجود هذا التصرف بالنسبة إلى الدائنين . وبهذا يحق لهؤلاء أن يعتبروا المال موضوع التصرف أنه لازال موجوداً ،

---

(١) وقد أصبحت هذه الفكرة محل شك كبير فى وقتنا الحاضر ، بعد أن وصل الكثيرون من فقهاء القانون الرومانى وتاريخ القانون ، نتيجة الأبحاث التى أجروها ، إلى أن البريتير بولص لايعدو أن يكون شخصية وهمية اخترعها بعض من تولوا التعقيب على القانون الرومانى .

فى ذمة مدينهم ، وبالتالى فى الضمان العام المقرر لهم على كل على أمواله ؛ الأمر الذى يخولهم التنفيذ عليه ، شأنه فى هذا شأن باقى أموال المدين .

٨٨ — منهاج البحث :

أعطينا فيما سبق فكرة عامة عن الدعوى البولصية . ويتحتم علينا الآن أن نتبين أحكامها تفصيلا . وفى هذا السبيل ، نبدأ ببيان الدائن الذى يحق له رفعها ، ثم نعقب بشروطها ، لنختتم فى النهاية بالآثار المترتبة على الحكم فيها .

٨٩ — (١) الدائن الذى يسوغ له رفع الدعوى البولصية

يتشدد القانون بعض الشىء ، بالنسبة إلى الدائن الذى يسوغ له رفع الدعوى البولصية ، عما عليه الحال بالنسبة إلى من يحق له رفع الدعوى غير المباشرة . والسبب فى ذلك أن الدعوى الأولى أشد عنفاً من الثانية . ففى حين أن الدعوى غير المباشرة تقتصر فى أثرها على استعمال الدائن حق مدينه باسم هذا المدين ونيابة عنه ، تستهدف الدعوى البولصية مهاجمة التصرف الذى أجراه المدين وتقرير عدم نفاذه فى حق الدائن . الأمر الذى يجرده فى الغالب من كل قيمة عملية . فبخلاف الدعوى غير المباشرة، لا تثبت الدعوى البولصية لكل دائن . وإنما يلزم فيمن يرفعها أن يتوافر فيها الشرطان الآتيان :

١ — يجب أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ، بمعنى أن يكون واجب على المدين أداؤه حالا . وفى ذلك تنص المادة ٢٣٧ على أن الدعوى البولصية تثبت « لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ... » . وهذا خلاف جوهرى بين دعوانا والدعوى غير المباشرة ، التى تثبت ، كما رأينا ، لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء (المادة ٢٣٥ / ١) .

وهكذا لا يسوغ للدائن الذى لم يصبح حقه واجب الأداء بعد أن يرفع الدعوى البولصية . والمثال الغالب لهذه الحالة هو الدين المضاف إلى أجل واقف لما يحل، كما إذا كنت دائناً لى بمبلغ من النقود يستحق أداؤه على بعد عام . فطالما أن الأجل لم يحل أو لم يسقط ، فالدين المقترن به لا يكون مستحق الأداء حالا ، وبالتالى يحرم صاحبه من الدعوى البولصية .

ويلاحظ أن من شروط الدعوى البولصية ، كما سنبينه بعد قليل ، أن يكون المدين معسراً . وقد يتبادر إلى الذهن أن من شأن إعسار المدين هذا أن يسقط آجال ديونه ، فتصبح تلك الديون مستحقة الأداء ، ويستطيع أصحابها بالتالى رفع الدعوى البولصية . ولكن هذا غير صحيح على وجه الإطلاق والشمول . فالذى يسقط آجال الديون هو شهر الإعسار قضاء (المادة ١/٢٧٣) . فى حين أن المقصود بالإعسار ، الذى هو شرط لمباشرة الدعوى البولصية ، هو مجرد الإعسار الواقعى ، أى الحالة التى تزيد فيها ديون المدين على أمواله ، دون ما ضرورة للحكم بشهر إعساره . وهكذا فمن المتصور أن يعتبر المدين معسراً ، فى منطق الدعوى البولصية ، دون أن يترتب على إعساره هذا سقوط آجال ديونه ، فيحرم الدائنون بالحقوق المقترنة بهذه الآجال من رفع الدعوى البولصية ، ما بقيت تلك الآجال قائمة لم تحل أو لم تسقط [1] .

---

(١) ومما يزيد فى تأكيد هذه الحالة أن المدين يعتبر معسراً ، فى منطق الدعوى البولصية، إذا زادت ديونه على حقوقه ، دون ما تفريق فى هذه الديون بين ما استحق منها بالفعل وبين ما لم يستحق بعد ؛ فى حين أنه يلزم ، للحكم بشهر الإعسار قضاء ، أن تزيد الديون المستحقة الأداء وحدها ، على أموال المدين ؛ أى أن الديون غير المستحقة الأداء لا تدخل هنا فى الاعتبار . ثم أنه حتى فى الحالة التى تزيد فيها ديون المدين المستحقة الأداء على أمواله ، نجد أن القاضى لا يلزم بشهر إعساره ، بل له فى هذا المجال سلطة رحبة الحدود ، يستطيع بمقتضاها أن يرفض شهر إعسار المدين ؛ وذلك إذا ما تبين أن لهذا المدين أملا فى إقالته من عثرته (المادة ٢٥١) . وفضلا عما سبق ، يجوز للقاضى ، رغم الحكم بشهر إعسار المدين ، أن يحكم ببقاء الأجل أو حتى مده (المادة ٢/٢٥٥) .

وكما هو الشأن بالنسبة إلى الدائن بحق مقترن بأجل لما يحل ، لا يستطيع الدائن بحق معلق على شرط واقف أن يرفع الدعوى البولصية . لأن الشرط الواقف يحرم الحق المعلق عليه من الوجود ، طالما أنه لم يتحقق بعد . أما الدائن بحق معلق على شرط فاسخ ، فيثبت له رفع دعوانا ؛ لأن الحق المعلق على شرط فاسخ هو حق موجود ونافذ ، وإن كان احتمال تحقق الشرط يتهدده بالزوال مستقبلا .

٣ — يجب أن يكون حق الدائن سابقاً فى تاريخ نشوئه على تاريخ إبرام التصرف المطعون فيه . فلا يكفى ، لرفع الدعوى البولصية ، أن يكون للدائن حق مستحق الأداء ، ولكن يلزم أن يكون حقه هذا قد ثبت له قبل إبرام المدين التصرف المطعون فيه . وفى ذلك أيضاً تختلف دعوانا عن الدعوى غير المباشرة ، كما يتضح مما سبق بيانه فى حينه .

والسبب فى استلزام كون حق الدائن سابقاً فى تاريخ نشوئه على تاريخ إبرام تصرف المدين ، للطعن فى هذا الأخير بالدعوى البولصية ، هو ما لهذا الإجراء من خطورة بالغة ، وعلى الأخص بالنسبة إلى المتصرف إليه ؛ الأمر الذى أدى تعليق مباشرة تلك الدعوى على وجود داع قوى يبرره . وهذا الداعى القوى لا يتوافر ، إلا إذا كان حق الدائن موجودا عند إبرام المدين التصرف المطعون فيه . إذ أنه لو كان هذا التصرف قد انعقد قبل أن ينشأ حق الدائن ، ما كان لهذا الأخير أن يتأذى من إبرامه .

والذى يدخل فى الاعتبار هنا هو تاريخ نشوء الدين . فلا أهمية بعد ذلك لتاريخ استحقاقه . فإذا نشأ الدين مضافاً إلى أجل ، ثم أجرى المدين تصرفاً ما ، حتى قبل حلول هذا الأجل ، كان للدائن أن يطعن فى ذلك التصرف بالدعوى البولصية ، عندما يكون اجل دينه قد حل ، بطبيعة الحال . ويسرى نفس الحكم بالنسبة إلى الدائن تحت شرط واقف ؛ فلو أن حقه قد نشأ فى تاريخ

معين ، ثم جاء المدين وأجرى التصرف ، حتى قبل أن يتحقق الشرط ، كان للدائن ، بعد أن يتحقق الشرط ، أن يطعن فى هذا التصرف بالدعوى البولصية .

وكما أنه لا أهمية لتاريخ استحقاق الدين ، فلا أهمية أيضاً لتاريخ تحديد مقداره إن نشأ غير معلوم المقدار ، ولا لتاريخ حسم ما يثور بصدده من نزاع إذا نوزع فيه . فإذا حدث فى تاريخ معين ، مثلا ، أن دهم شخص آخر بسيارته فسبب له الضرر ، ونشأ للمضرور بذلك حق فى التعويض، ساغ لهذا الأخير أن يطعن بالدعوى البولصية فى التصرفات التى يجريها محدث الضرر بعد وقوع الحادثة ، حتى لو وقعت تلك التصرفات قبل أن يتحدد مقدار التعويض قضاء أو اتفاقاً ، وحتى قبل أن يحسم القضاء فى المنازعة التى قد يثيرها المسئول بصدد ثبوت التعويض عليه .

وكما أن الذى يدخل فى الاعتبار ، عند تقرير أسبقية حق الدائن على التصرف المطعون فيه بالدعوى البولصية ، هو تاريخ نشوء هذا الدين ، أى تاريخ وقوع المصدر الذى ولده ، فإن الذى يدخل فى الاعتبار ، بالنسبة إلى التصرف المطعون فيه ، هو تاريخ إبرامه . ويترتب على ذلك أنه إذا كان التصرف المطعون فيه مما يلزم شهره بالتسجيل أو القيد ، وقع تاريخ إجراء هذا الشهر غير مؤثر ، بالنسبة إلى مباشرة الدعوى البولصية . فإن باع المدين ، مثلا ، عقاره ، قبل أن ينشأ دين معين فى ذمته ، ما كان لصاحب هذا الدين أن يطعن بالدعوى البولصية فى ذاك البيع ، حتى لو حدث أن كان تسجيله لم يتم إلا فى تاريخ لاحق .

خلاصة ما سبق أنه يلزم ، لكى يستطيع الدائن رفع الدعوى البولصية، أن يكون حقه سابقاً فى تاريخ نشوئه على تاريخ إبرام التصرف الذى يريد الطعن فيه بتلك الدعوى . وعبء إثبات تلك الأسبقية يقع عليه ، بطبيعة

الحال ، لأنه هو المدعى ، والبينة على من ادعى . ولكن كيف يستطيع الدائن أن يقيم الدليل على أسبقية حقه ؟

لا صعوبة فى الأمر ، إذا كان حق الدائن ناشئاً من واقعة قانونية ، كالفعل الضار والفعل النافع . فالوقائع تثبت ، بالنسبة إلى حصولها وإلى تاريخ هذا الحصول ، بكافة طرق الإثبات . فما على الدائن هنا ، لإثبات تاريخ نشوء دينه ، إلا أن يقيم الدليل على وقت حصول الواقعة التى ولدت هذا الدين ، إصابته بسيارة المدين ، مثلا ، وذلك بأى دليل من أدلة الإثبات ، ومنها البينة والقرائن .

ولكن الأمر يدق بعض الشيء ، بالنسبة إلى الحالة التى يكون حق الدائن فيها ناشئاً من تصرف قانونى ، عقد قرض ، مثلا ، أو عقد بيع بالنسبة إلى الثمن . فهل يكتفى ، فى إثبات تاريخ نشوء الدين هنا ، بالتاريخ المذكور فى التصرف ، ولو كان غير ثابت بوجه رسمى ، أم إنه لا يعتد ، فى هذا الصدد إلا بالتاريخ الثابت لهذا التصرف . ثار الخلاف حاداً عنيفاً حول هذا الموضوع فى الفقه الفرنسى . فذهب البعض إلى أنه لا يعتد إلا بالتاريخ الثابت لحق المدين . وحجتهم فى ذلك لا تخلو من القوة . فأثر الدعوى البولصية يلحق المتصرف إليه من المدين ، وهو ، عن يقين من الغير ، بالنسبة إلى العقد الذى ولد حق الدائن ، والورقة العرفية لا تكون حجة على الغير فى تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت (المادة ٣٩٥/١) . ولكن البعض الآخر من الفقهاء لا يستلزم ، لإقامة الدليل على تاريخ حق الدائن ، أن يكون لسند هذا الحق تاريخ ثابت بوجه رسمى . وهذا الرأى الأخير هو الذى ساد فى القضاء فى فرنسا وفى مصر على السواء . والحق إن له ما يبرره . فالدعوى البولصية ، وإن كان من شأنها أن تلحق الضرر بالمتصرف إليه من المدين ، إلا أنها توجه أساساً إلى التصرف باعتباره صادراً من المدين ، وثبوت التاريخ غير لازم لاحتجاج الدائن بالورقة فى مواجهة مدينه . ثم إن الفرض فى دعوانا أن

المتصرف إليه من المدين إما مدلس متوطىء على الإضرار بالدائن ، وإما أنه يسعى للاحتفاظ بتبرع قد حصل له من المدين إضراراً بدائنيه ؛ وهو فى كلتا الحالتين لا يستحق أن يكتنف بضمانة ثبوت التاريخ . وفضلا عما سبق ، فالرأى الذى لايحتم ثبوت تاريخ مصدر حق الدائن له ما يبرره من الناحية العملية . حيث إن الدائن ، كما تقول المذكرة الإيضاحية ، « يفاجأ فى أغلب الأحيان بالتصرف الضار دون أن يكون قد احتاط من قبل لإثبات تاريخ سند الدين » . ويظهر من الأعمال التحضيرية أن قانوننا الحالى يتبنى هذا الرأى الأخير [١] .

يتحصل مما سبق أنه لايلزم أن يكون تاريخ التصرف الذى ولدحق الدائن ثابتاً بوجه رسمى ، عند تقرير أسبقيته على التصرف المطعون فيه بالدعوى البولصية . ويسرى نفس الحكم بالنسبة إلى التصرف المطعون فيه نفسه ، فيعتد بالتاريخ المذكور فيه ، ولو كان غيرثابت بوجه رسمى ، ما لم يقم الدائن الدليل على عدم صحة هذا التاريخ وأن التصرف فى الحقيقة أبرم فى تاريخ لا حق لنشوء دينه . وهذا هو الرأى الراجح فقهاً وقضـــاء ، وإن لم ينعقد الإجماع عليه . وحجته أن الدعوى البولصية ، وإن ألحقت الضرر بالمتصرف إليه من المدين ، إلا أنها توجه أساساً إلى التصرف ، باعتباره صادراً من المدين ؛ والتاريخ الثابت لا يلزم فى العلاقة بين المدين ودائنه .

ونشير فى النهاية إلى أنه ، وإن لزم فى الدائن الذى يسوغ له رفع الدعوى البولصية ، أن يكون حقه سابقاً فى تاريخ نشوئه على تاريخ إبرام التصرف المطعون فيه ، إلا أن القضاء ، وأيده فى ذلك الفقه ، قد سار على إيراد استثناء ضيق لهذه القاعدة . ومؤدى هذا الاستثناء أنه إذا أبرم التصرف السابق على

(١) فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية ما يأتى : « وقد كان فى الوسع أن يشترط ثبوت تاريخ الدين ، لإقامة الدليل على تقدمه على التصرف ، بيد أن المشروع آثر إغفال اشتراط ثبوت التاريخ اقتداء بالمشروع الفرنسى الايطالى ، ولا سيما أن القضاء المصرى قد جرى على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ص ٣٦٢) .

نشوء حق الدائن بقصد الإضرار بهذا الأخير، عن طريق تفويت الفرصة عليه في استيفاء حقه كاملاً أو جزئياً، كان لهذا الدائن أن يطعن في ذاك التصرف بالدعوى البولصية، برغم أنه لاحق لنشوء دينه[١]. ومثال هذه الحالة، أن يشرع شخص فى اقتراض مبلغ من النقود، فيلجأ قبل عقده القرض إلى هبة ماله أو حتى بيعه، حتى يحول بين المقرض وبين استيفائه حقه منه. والحكمة من الاستثناء فى حالتنا واضحة. إذ أن المدين قد تعمد الإضرار بدائنه؛ والغش يفسد كل شيء.

٩٠ — خلاصة كل ماسبق أنه يلزم فى الدائن، لكى يسوغ له رفع الدعوى البولصية، أن يكون حقه مستحق الأداء، وأن يكون حقه سابقاً فى تاريخ نشوئه على تاريخ إبرام التصرف الذى يبغى الطعن فيه بتلك الدعوى.

وكل دائن يتوافر فيه هذان الأمران يجوز له رفع دعوانا، على فرض توافر شروطها التى سنتناولها بعد قليل. فلا أهمية لمصدر حق الدائن، سواء أكان عقداً أم فعلا نافعاً أم فعلا ضاراً أم نص القانون. ولا أهمية أيضاً لموضوع حق الدائن، فسواء أن يكون مبلغاً من النقود أم أى عمل آخر أم امتناعا عن عمل. ولا أهمية كذلك إذا كان حق الدائن معلوم المقدار أو غير معلوم. ولا أهمية فى النهاية لما إذا كان للدائن سند تنفيذى بحقه، أم لم يكن له هذا السند.

٩١ — شروط الدعوى البولصية :

بينا فيما سبق الدائن الذى يسوغ له رفع الدعوى البولصية. ولا يكفى،

---

(١) أنظر فى ذلك استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٧، ب ٤٩ ص ٢٣٥. وأنظر كذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (الأعمال التحضيرية، ج ٢ ص ٣٦٢)؛ فبعد أن جاء فى هذه المذكرة أنه يلزم، لمباشرة الدعوى البولصية أن يكون حق الدائن الذى يباشرها سابقاً فى نشوئه على التصرف المطعون فيه، استطردت تقول: « ومع ذلك فيجوز أن تباشر الدعوى البولصية بمقتضى دين لاحق للتصرف، متى كان هذا التصرف قد عقد، على وجه التخصيص والإفراد، للإضرار بالدائن والعبث بحقوقه ... ».

لمباشرة تلك الدعوى ، أن نوجد بصدد دائن ممن يجوز لهم رفعها . بل يلزم فضلا عن ذلك ، أن تتوافر شروط مباشرتها . وهذه الشروط هى الآتية :

١ — يجب أن يصدر من المدين تصرف قانونى . فدعوانا تستهدف الطعن فى تصرفات المدين التى من شأنها أن تضر بدائنيه . فهى لا ترد بالنسبة إلى الوقائع القانونية ، مهما ترتب عليها من إلحاق الضرر بالدائنين . فالدين الذى ينشأ فى ذمة المدين بسبب الفعل غير المشروع أو بسبب الفعل النافع ، لا يكون محلا للطعن فيه بالدعوى البولصية ، حتى لو كان من شأنه أن يحول بين الدائنين القدامى وبين استيفاء كامل حقوقهم . والسبب فى ذلك أن الدين هنا ينشأ عن واقعة قانونية ، وليس عن تصرف ؛ ودعوانا تتحدد فى نطاقها بالتصرفات دون الوقائع . وكذلك لا يجوز للدائن أن يطعن بالدعوى البولصية فى اكتساب الغير ملكية مال المدين بالتقادم ؛ لأن التقادم واقعة قانونية .

وإذا لزم ، لمباشرة الدعوى البولصية ، أن يكون ثمة تصرف قانونى صادر من المدين ، فلا أهمية لنوع هذا التصرف . فسواء أن يكون صادراً من جانب واحد ، كالوصية والإبراء من الدين والتنازل عن الحق العينى والوقف على الخيرات وإجازة العقد القابل للإبطال ، أو أن يكون صادراً من جانبين ، وهذه هى حالة العقود . وسواء أن يكون التصرف من أعمال المعاوضات ، كالبيع والمقايضة والصلح والقسمة[1] والإيجار ، أو كان من أعمال

---

(١) ويلاحظ أن القسمة التى تخضع للدعوى البولصية بأحكامها العادية هى تلك التى تتم رضاء ، أى القسمة الرضائية . أما القسمة القضائية ، أى تلك التى تتم بحكم يصدر من القاضى ، فلا تخضع للقواعد العادية للدعوى البولصية ، وإنما أجاز القانون لدائنى المتقاسمين أن يدافعوا فى شأنها عن حقوقهم ، وفقاً لقواعد خاصة ، تضمنتها المادة ٨٤٢ ، التى جاءت تقول : « ١ — لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة عيناً أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم ، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم . ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة . ٢ — أما إذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا فى حالة الغش » .

أنظر فى هذا الموضوع كتابنا ، دروس الأموال ، نبذة ١٥٤ .

التبرعات ، كالهبة والوقف على الخيرات والإبراء من الدين . ولا أهمية في النهاية للغرض الذي يستهدفه التصرف ، فسواء أن يكون المقصود منه هو تحميل المدين بالتزام بإعطاء شيء كالبيع أو الهبة ، أو تحميله بدفع مبلغ من النقود ، كالقرض والشراء ، أو تحميله بضمان الوفاء بالالتزام كالرهن والكفالة ، أو كان الغرض من التصرف أداء الالتزام . وهذا هو الوفاء .

ويترتب على تقيد الدعوى البولصية بالتصرفات القانونية الصادرة من المدين أنه لا يجوز الطعن بهذه الدعوى في الأحكام التي تصدر على المدين، مهما ترتب عليها من ضرر لدائنيه . وهذا ما دعا قانون المرافعات إلى أن ينشأ لصالح الدائنين ، طريقاً خاصاً متميزاً عن الدعوى البولصية في الكثير من أحكامه ، للطعن به في الأحكام الصادرة على مدينيهم ، متى صدرت هذه الأحكام عليهم نتيجة غشهم أو تواطؤهم مع المحكوم لهم أو إهمالهم الجسيم في الدفاع عن حقوقهم ، وبشرط ألا يكون الدائن الذي يلجأ إلى هذا الطريق موجودا بشخصه في الدعوي .وهذا هو طريق اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها [1] .

٢ — بينا فيما سبق أنه يلزم ، لمباشرة الدعوى البولصية ، أن يصدر تصرف من المدين . وأي تصرف يصدر من المدين لا يكفي لذلك ، بل يتحتم أن يتسم هذا التصرف بصفات خاصة . ومن أهم هذه الصفات أن يكون مفقراً للمدين . وهكذا نصل إلى أن الشرط الثاني لمباشرة دعوانا هو أن يكون تصرف المدين مفقراً له .

ويلاحظ أن الذي يدخل في الاعتبار ، عند تكييف ما إذا كان تصرف المدين مفقراً له أو غير مفقر ، في منطق الدعوى البولصية ، هو ما ينجم عنه من ضرر للدائنين ، وليس ما يترتب عنه للمدين فحسب . فقد يكون من شأن التصرف الذي يجريه المدين نفع ظاهر له ، كما إذا باع ماله بثمن

---

(١) أنظر في ذلك المواد من ٤٥٠ إلى ٤٥٦ من قانون المرافعات .

المثل أو بما يزيد عليه ، ومع ذلك يعتبر ، فى منطق دعوانا ، مفقراً ، إذا ما قبض المدين الثمن وأخفاه عن دائنيه . إذ أنه فى هذه الحالة ، يرى الدائنون أن الضمان العام المقرر لهم على أموال مدينهم قد انتقص من الناحية الواقعية الفعلية . وهكذا نصل إلى أن تصرف المدين يعتبر مفقرا ، ويسوغ بالتالى الطعن فيه بالدعوى البولصية ، كلما كان من شأنه أن ينتقص عملا من الضمان العام المقرر لدائنيه .

ووفقاً للتصوير التقليدى للدعوى البولصية ، لا يعتبر تصرف المدين مفقراً إياه ، إلا إذا كان من شأنه أن يخرج من ذمته مالا كان داخلا فيها ، وبعبارة أخرى ، ينقص من حقوقه ، كما هى الحال بالنسبة إلى البيع والهبة والإبراء من الدين . وقد تمشى القانون الفرنسى وقانوننا المصرى القديم مع هذا التصوير التقليدى . ولكن قانوننا الحالى خرج عليه . فلم يقتصر ، فى تحديده نطاق الدعوى البولصية ، على التصرفات التى يترتب عليها خروج أموال المدين من ذمته ، بل أدخل فيه تلك التى من شأنها أن تحمل المدين بالالتزامات ، كعقد القرض أو كالشراء فيما يتعلق بالثمن . وهكذا اتسع نطاق دعوانا ، تحت ظل قانوننا الحالى ، فأصبح شاملا للتصرفات التى تنقص من حقوق المدين وتلك التى تزيد فى التزاماته . وفى هذا تقضى المادة ٢٣٧ بأنه : « لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه ، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته ... » .

وقد كان مشرعنا موفقاً فيما استحدثه . إذ أن الغاية من الدعوى البولصية هى حماية الدائن ، عن طريق تقرير عدم نفاذ تصرف المدين الضار به فى حقه . والدائن يضار ، ليس فقط بنقص أموال المدين ، بل أيضا بزيادة التزاماته . لأن من مقتضى مبدأ المساواة بين الدائنين ، أن يزاحم الدائن الجديد مع القديم ويقتسم معه قسمة غرماء أموال مدينهم المشترك ، الأمر الذى قد يترتب عليه عدم استيفاء الدائن القديم كل حقه .

ولم يقف مشرعنا عند حد إدخال تصرفات المدين التي تزيد في التزاماته في نطاق الدعوى البولصية ، بل أدخل فيه كذلك تصرفات المدين التي تستهدف مجرد تمييز دائن على الآخرين عن طريق تقرير الأفضلية له عليهم في استيفاء حقه (المادة ٢٤٢ / ١) ، كما إذ عقد رهناً لصالحه . بل إن المشرع في تجديده لم يكتف بما سبق ، فأدخل في نطاق دعوانا ، الوفاء الذي يحصل منه لأحد دائنيه إضراراً بالباقين (المادة ٢٤٢/٢) .

والحق إن مشرعنا قد حالفه التوفيق مرة أخرى ، عندما أدخل ، في نطاق الدعوى البولصية ، التصرفات التي من شأنها تقرير الأفضلية لأحد الدائنين على الآخرين والوفاء الحاصل منه إليه إضراراً بهم . فالذي يدخل في الاعتبار ، عند تكييف ما إذا كان تصرف المدين مفقراً له أو غير مفقر ، في منطق دعوانا ، هو اثر هذا التصرف على الدائنين ، وليس أثره على المدين فحسب . وغني عن البيان أن الرهن الذي يعقده المدين ضماناً لدين معين عليه أو وفاءه بهذا الدين ، حالة كونه معسراً يلحق بباقي دائنيه نفس الأذى الذي يترتب لهم نتيجة تصرفه في أمواله أو تحمله بالتزامات جديدة .

يتحصل من كل ما سبق أنه يلزم ، للطعن في تصرف معين بالدعوى البولصية ، أن يكون هذا التصرف مفقراً للمدين ، على أن يراعى ، في تحديد اتسامه بهذه الصفة ، أثره في حق الدائن ، من حيث أنه يفوت عليه فرصة استيفاء حقه كلياً أو جزئياً . وسواء بعد هذا أن يكون من شأن التصرف أن ينقص من حقوق المدين ، أو يزيد في التزاماته ، أو يتضمن تقرير أفضلية لأحد الدائنين على الآخرين في استيفاء حقه ، أم كان وفاء بحق أحد الدائنين إضراراً بالباقين .

ويلاحظ أن المقصود بافتقار المدين ، الذي هو شرط لمباشرة الدعوى البولصية ، هو الافتقار المباشر ، أي ذلك الذي يجيء نتيجة خروج مال

من ذمة المدين كان قد دخل فعلا فيها ، أو تحمل تلك الذمة بدين لم يكن يثقلها من قبل . وعلى ذلك فتصرفات المدين التي يكون من شأنها أن تفوت عليه فرصة في كسب مال لم يدخل من قبل في ذمته ، أو تحمله من التزام كان يثقل كاهله بالفعل ، لا تقع تحت طائلة الدعوى البولصية ، وإن كان من شأنها أن تلحق الضرر بالدائنين . لأن هذه التصرفات لا تؤدي إلى افتقار المدين بطريق مباشر ، فهي لا تسوىء مركزه ، وإن منعته من أن يتحسن . ومثال التصرفات التي نحن بصددها أن يرفض المدين هبة معروضة عليه .

ويلزم ، لعدم وقوع التصرف تحت طائلة الدعوى البولصية ، أن يكون المال الذي يرد عليه لم يدخل من قبل في ذمة المدين . أما إذا كان هذا المال قد دخل من قبل في تلك الذمه ، فالتصرف الذي يخرجه منها يؤدي إلى افتقار المدين بطريق مباشر ، ويقع بالتالي في نطاق دعوانا . وعلى ذلك فإذا جاء المدين ، بعد موافقته على هبة عقدت لصالحه ، واتفق مع الواهب على إزالة أثرها ، كان هذا الاتفاق واقعاً تحت طائلة الدعوى . ويتبع نفس الحكم في حالة رفض المدين استحقاقه في تركه ، لأن الاستحقاق في الإرث يثبت بقوة القانون فور موت المورث ، دون حاجة لرضاء الوارث .

وكان من شأن قولنا أن تصرف المدين لا يقع تحت طائلة الدعوى البولصية إذا اقتصر أثره على تفويت فرصة للمدين في الاغتناء ، أنه لا يسوغ الطعن بتلك الدعوى في تنازل المدين عن التمسك بالتقادم الذي يجري لصالحه ، سواء أكان هذا التقادم مسقطاً لالتزام عليه أم مكسباً لمال له . فإذا حاز المدين ، مثلاً ، شيئاً مملوكاً لغيره المدة القانونية اللازمه لاكتساب ملكيته بالتقادم ، فإنه لا يصير مالكاً له بقوة القانون ، وإنما يلزمه لذلك أن يتمسك بالتقادم ، فإن جاء ونزل عن حقه في التمسك بالتقادم ، فهو في الحقيقة لا يفعل أكثر من ان يفوت على نفسه فرصة أتاحها له القانون في الاغتناء . ويسري نفس الحكم ، بالنسبة للتقادم المسقط . ولكن القانون يأتي هنا مقرراً استثناء

على القاعدة العامة ، مؤداه جواز الطعن من الدائنين بالدعوى البولصية فى نزول المدين عن التمسك بالتقادم، مسقطاً كان أم مكسباً ، إذا حصل إضراراً بهم (المادتان ٢/٣٨٨ و ٩٧٣) . بل إن القانون يخول هؤلاء الدائنين الحق فى التمسك بالتقادم الذى يسرى لصالح مدينهم ، بالدعوى غير المباشرة ، كما سبق لنا بيانه فى حينه .

يخلص من كل ما سبق أنه يلزم ، للطعن فى تصرف المدين بالدعوى البولصية ، أن يكون هذا التصرف مفقراً للمدين . والمقصود هنا بالتصرف المفقر ذاك الذى يكون من شأنه ان يسوىء مركز الدائنين بالنسبة إلى استيفائهم حقوقهم من أموال المدين . وسيان بعد ذلك أن يكون من شأن التصرف أن يؤدى إلى نقص أمواله ، أو زيادة التزاماته ، أو تمييز دائن معين على الآخرين أو الوفاء بحق دائن معين إضراراً بالباقين .

أما إذا لم يكن تصرف المدين مفقراً له بالمعنى الذى حددناه ، ما ساغ الطعن فيه بالدعوى البولصية . ومثال التصرف غير المفقر الهبة التى تعقد لصالح المدين ؛ إذ هو ينال منها نفعا محضا . ومثاله أيضا بيع المدين ماله بثمن المثل ، إذا تيسر للدائن التنفيذ على هذا الثمن ، كما إذا كان قد أودع خزانة المحكمة أو حجز الدائن عليه تحت يد المشترى . ومثاله كذلك المقايضة التى لا تتضمن غبناً للمدين .

ويترتب على استلزام كون تصرف المدين مفقراً بالمعنى الذى حددناه ، أن يثبت للمتصرف إليه بحق من حقوق المدين وسيلة يستطيع ان يدرأ بها استعمال الدعوى البولصة ضده ، وهذه الوسيلة هى قيامه بإيداع ثمن المثل خزانة المحكمة . وفى ذلك تقضى المادة ٢٤١ بأنه : « إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل، وقام بإيداعه خزانة المحكمة » .

ويلاحظ أن صياغة المادة ٢٤١ جاءت معيبة قاصرة . فلو استقى معناها من حرفية نصها ، لوجب لإمكان المتصرف إليه درء أثر الدعوى البولصية ضده ، أن يكون التصرف بيعاً وأن يكون هذا البيع قد عقد بثمن المثل ، وأن يكون هذا الثمن لازال مستحقاً فى ذمة المتصرف إليه الذى يقوم بإيداعه خزانة المحكمة . والحقيقة أنه يكفى ، لكى يستطيع المتصرف إليه بحق من حقوق المدين أن يتخلص من أثر الدعوى البولصية ، أمر واحد ، هو قيامه بإيداع ثمن المثل خزانة المحكمة . وسيان بعد هذا أن يكون التصرف بيعاً أم هبة أم أى تصرف آخر غيرهما ، أو أن يكون الثمن المتفق عليه فى البيع هو ثمن المثل أو أقل أو أكثر ، مادام المتصرف إليه يودع فعلا ثمن المثل ، أو أن يكون الثمن لازال مستحقاً فى ذمة المتصرف إليه الذى يقوم بإيداعه أم يكون قد دفع من قبل ولكن المتصرف إليه يؤثر أن يودع خزانة المحكمة مبلغاً آخر يوازى ثمن المثل. فالفكرة الأساسية التى من أجلها يستطيع المتصرف إليه تفادى أثر الدعوى البولصية ضده فى حالتنا ، هى جعل تصرف المدين غير مفقر له ، بالمعنى الذى حددناه لافتقاره ، وبعبارة أخرى ، جعل هذا التصرف غير ضار بالدائنين .وهو يصل إلى هذه النتيجة ، بمجرد أن يقوم بإيداع ثمن المثل خزانة المحكمة ،دون أى اعتبار آخر ،مما قد يفهم من نص المادة ٢٤١ وجوب توافره .

٣ — والشرط الثالث لمباشرة الدعوى البولصية هو أن يكون من شأن تصرف المدين أن يؤدى إلى إعساره أو الزيادة فى إعساره (المادة ٢٣٧) . وفى هذا تتشابه دعوانا مع الدعوى غير المباشرة. فلا يكفى أن يكون تصرف المدين مفقراً بالمعنى الذى حددناه ، بل يلزم أن يترتب عليه إعسار المدين إذا لم يكن معسراً من قبل ، أو تفاقم إعساره إن كان معسراً من الأصل .

والحكمة من استلزام إعسار المدين ، لمباشرة الدعوى البولصية ، لا تخفى على أحد ، فمن شأن هذه الدعوى إلحاق أذى جسيم بالمتصرف إليه ، إذ أنه يرى التصرف الصادر إليه من المدين قد تجرد فى الغالب من كل قيمة عملية.

ومن ثم لزم أن نقصر تلك الدعوى على الحالة التي يتهدد الدائنين فيها خطر حال . وهذا لا يحصل إلا عندما يكون المدين معسراً بالفعل .

والمقصود بالإعسار ، فى منطق الدعوى البولصية ، هو الإعسار الفعلى ، أى مجرد زيادة ديوان المدين على أمواله ، دون الإعسار القانونى ، أى ذاك الذى يشهر بحكم يصدر من القضاء . ولا يعتد هنا إلا بأموال المدين الظاهرة التى يسهل التنفيذ عليها من الدائنين ، دون تلك التى يسهل على المدين إخفاؤها أو تبديدها عند التنفيذ عليها ، كمبالغ النقود الموجودة فى جيب المدين أو فى خزانته الخاصة . بل إن بعض الفقهاء قد عمدوا فى صدد تقرير إعسار المدين اللازم للطعن فى تصرفاته بالدعوى البولصية ، إلى التساهل الذى لا يخلو من المبالغة والإفراط[1] .

ويلزم ، لمباشرة الدعوى البولصية ، أن يكون التصرف المطعون فيه قد أدى مباشرة وبذاته إلى إعسار المدين أو الزيادة فى إعساره . فإن أعسر [illegible] .

(١) فقد رأى بعض الفقهاء أن تصرف المدين يعتبر مرتباً إعساره ومخولا بذلك الطعن فيه بالدعوى البولصية ، إذا كان من شأنه أن يحول بين الدائن بحق سابق عليه وبين الوصول إلى عين حقه ، حتى لو كان له أموال كافية للوفاء بجميع ديونه ، ومن بينها التعويض عن عدم تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، ومثال هذه الحالة أن يبيع شخص عقاره لمشتر أول ، ثم يعود فيبيعه لمشتر ثان يسبق إلى إجراء التسجيل ؛ فى مثل هذه الحالة ، يقول الفقهاء الذين نعرض رأيهم بإمكان المشترى الأول الطعن بالدعوى البولصية فى البيع الثانى لتقرير عدم نفاذه فى مواجهته ، إذا كان البائع والمشترى الثانى متواطئين على الإضرار بحقه ، حتى لو كان لهذا البائع أموال كافية للوفاء بكل ديونه ، ومنها التعويض الذى قد يستحق للمشترى الأول ، لو أنه لم يصمم على نقل ملكية المبيع إليه (أنظر فى هذا المعنى : السنهورى ، الوسيط ج ٢ نبذة ٥٨٨ والمراجع التى يشير إليها — سليمان مرقس ، بنذة ١٦٦ — اسماعيل غانم ، هامش ٢ ص ٢١٣) . ونحن وإن كنا قد وصلنا إلى تلك النتيجة بالنسبة إلى الدعوى غير المباشرة ، لا نستطيع أن نقرها بالنسبة للدعوى البولصية . فمن المسلم أن معنى الإعسار ليس دائماً واحداً . فهو معنى مرن يتحدد بحسب مايقتضيه النظام الذى يقوم عليه . ولكن إن ساغ أن نتساهل إلى حد كبير ، بالنسبة إلى الدعوى غير المباشرة ، حيث خطرها قليل ولا يمس إلا المدين ، فلا يصح أن نصل إلى هذا الحد من التساهل ، بالنسبة إلى الدعوى البولصية ، لأنها أشد عنفاً وأبعد أثراً ، وعلى الأخص لأنها تمس أحداً من الغير ، وهو المتصرف إليه .

المدين حقا ، ولكن إعساره هذا نشأ مباشرة بسبب آخر غير التصرف ، ماساغ الطعن فى هذا التصرف بالدعوى البولصية . ومثال ذلك أن يبيع شخص منزلا أو أرضاً له ، ويظل موسراً برغم ذهاب المبيع عنه ، ثم يقع بعد ذلك حدث يرتب إعساره ، كما لو خسر فى مضاربة أو تهدم منزل آخر له ، أو وهب أحد أمواله ؛ فى هذه الحالة ، لايسوغ الطعن فى البيع بالدعوى البولصية .

وغنى عن البيان أنه يلزم أن يكون الإعسار الذى ترتب عن التصرف موجوداً عند رفع الدعوى البولصية ، وأن يستمر قائماً إلى أن يحكم نهائياً فيها . فإن زال إعسار المدين الذى سببه التصرف المطعون فيه قبل رفع الدعوى أو خلال نظرها ، كما إذا ورث المدين مالا أرجعه إلى حالة اليسر والاقتدار ، ما كان للمدين أن يرفعها أو يستمر فيها ، على حسب الأحوال ، لسقوط شرط من شروطها .

وكان من مقتضى القواعد القانونية العامة أن يقع عبء إثبات إعسار المدين على الدائن ، وألا يصل إلى إقامة الدليل على توافره إلا إذا أثبت أن على المدين ديوناً تتجاوز حقوقه . ونظراً لصعوبة هذا الإثبات بشطريه من الناحية العملية ، ورغبة فى التيسير على الدائن ، اكتفى القانون من هذا الأخير، لإثبات إعسار المدين، أن يقيم الدليل على مقدار ما فى ذمته من ديون. فإذا قام هذا الدليل ، انتقل عبء الإثبات منه إلى المدين ، الذى يتحتم عليه أن يثبت أن له أموالا ظاهرة مما يسهل التنفيذ عليها تزيد على تلك الديون أو تتعادل معها ، على الأقل . فإن عجز عن إثبات هذا الأمر ، اعتبر معسراً فى منطق الدعوى البولصية . وفى ذلك تقضى المادة ٢٣٩ بأنه : « إذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها » .

٤ — والشرط الرابع لمباشرة الدعوى البولصيه ، أن يكون للدائن الذى يرفعها مصلحة ظاهرة فى رفعها . فإن انتفت المصلحة ، امتنعت الدعوى ؛ إذ لا دعوى بلا مصلحة . ومثال هذه الحالة أن يكون حق الدائن مضموناً برهن يكفل الوفاء بكامل حقه ؛ أو أن يكون المال المتصرف فيه مثقلا برهون تستغرقه استغراقاً تاماً ، بحيث لا تدع مجالا لمباشر الدعوى فى أن يفيد منه ، لو أنه نفذ عليه(١).

٥ — بينا فيما سبق أنه يلزم ، لمباشرة الدعوى البولصية ، أن يصدر تصرف قانونى من المدين ، وأن يكون من شأن هذا التصرف أن يؤدى إلى افتقاره ، وأن يرتب إعساره أو يزيد إعساره ، وأن يكون للدائن مصلحة فى عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه . وهذه الشروط كافية بالنسبة إلى التبرعات التى يجريها المدين ، كالهبة والإبراء من الدين والوقف على الخيرات. أما بالنسبة إلى المعاوضات ، كالبيع والقرض والإيجار ، فالشروط السابقة لا تكفى ، وإنما يلزم شرط خامس وأخير ، وهو أن ينطوى التصرف على غش المدين ، وأن يكون المتصرف إليه على علم بهذا الغش .

ففى المعاوضات ، يلزم أن ينطوى التصرف على غش المدين ، وأن يكون المتصرف إليه ، المشترى منه مثلا ، على علم بهذا الغش . بل إن الغش هو الأمر الرئيسى الذى تقوم عليه الدعوى البولصية ، والتى وجدت لتحاربه وتدرأ عن الدائنين خطره .

ويقصد بالغش هنا الرغبة فى الإضرار بحقوق الدائنين عن طريق تفويت الفرصة عليهم فى استيفائهم حقوقهم كليا أو جزئيا .

وعبء إثبات الغش يقع على الدائن . ولكن القانون يسر عليه سبيل

(١) وإذا كان التصرف وارداً على شىء غير قابل للحجز عليه ، ساغ الطعن فيه بالدعوى البولصية ، فى حدود الغلة التى يثمرها .

أدائه بشكل ملموس . فإثبات الغش مباشرة أمر صعب المنال فى الحقيقة . إذ هو يتضمن أمراً نفسياً ، قل أن تقف الظواهر شاهدة على وجوده . فأتى القانون واكتفى من الدائن ، فى سبيل إثبات غش المدين ، بأن يقيم الدليل على أن هذا الأخير كان يعلم عند تصرفه أنه معسر أو أن التصرف يؤدى إلى إعساره ، واكتفى منه ، فى سبيل إثبات علم المتصرف إليه بغش المدين، بإقامة الدليل على علمه بإعساره . وهكذا يقيم القانون من العلم بإعسار المدين قرينة على غشه وعلى علم المتصرف له بهذا الغش . وفى ذلك تقضى المادة ٢٣٨/١ بأنه : إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطوياً على غش المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ، ويكفى لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر » .

والقرينة التى يقيمها القانون على غش المدين وعلى علم المتصرف له بهذا الغش هى قرينة بسيطة ، يجوز دحضها بإثبات العكس ، بأى دليل من أدلة الإثبات . فيجوز للمدين ، مثلا ، أن يقيم الدليل على أنه لم يقصد ، برغم علمه بإعساره ، الاضرار بحق دائنيه ، كما إذا كان قد قصد من الصفقة التى أبرمها أن يصلح بها حاله ، أو أن يتخذ إجراء معيناً مما تستلزمه إدارة أمواله ، كشراء البذور والسماد اللازمة لزراعة الأرض ، أو عقد صفقة مما تقتضيه مباشرة التجارة التى يحترفها . وكذلك يسوغ للمتصرف إليه من المدين المعسر ، أن يثبت أنه ، برغم علمه بإعسار هذا المدين عند تعاقده معه ، إلا أنه كان حسن النية ، أى لم يكن لديه علم بأن المدين قصد بالصفقة الاضرار بدائنيه . وإذا أفلح المدين ، أو المتصرف إليه منه فى دحض قرينة الغش أو العلم به ، كان التصرف بمنأى عن الدعوى البولصية .

ونكرر أن غش المدين وعلم المتصرف إليه بهذا الغش لا يلزمان إلا فى نطاق المعاوضات . فهما لا يلزمان بالنسبة إلى التبرعات التى يعقدها المدين . فالتبرع الذى يصدر من المدين ، الهبة أو الإبراء من الدين ، مثلا يكون محلا للطعن فيه بالدعوى البولصية ، حتى لو كان كل من المدين والمتصرف إليه حسن النيـة، بل حتى لو كان كل منهما جاهلا إعسار المدين . وفى ذلك تقضى المـادة ٢/٢٣٨ بأنه : « ٢ — إذا كان التصرف تبرعاً ، فإنه لا ينفذ فى حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً » .

وعلة التفرقة بين التبرعات والمعاوضات هنا ، أنه فى المعاوضات يقدم المتصرف إليه للمدين مقابلا لما يأخذ ، ومن ثم لزم ، للتضحية بمصلحته وتفضيل الدائن عليـه ، أن ينطوى التصرف على الغش . أما فى التبرعات ، فالمتصرف له لا يقدم مقابلا لما يأخذ ، بل إن التصرف يعود عليه بنفع محض . ومن ثم وجب تفضيل الدائن عليـه ، حتى لو كان هو والمدين حسنى النية . إذ الدائن هنا ، يسعى بالدعوى البولصية إلى درء خطر يتهدده ، فى حين أن المتبرع له يعمل على الاحتفاظ بنفع محض ناله ، ودرء المخاطر مقدم على جلب المنافع .

٩٢ — تطبيقات خاصة للدعوى البولصية

بينا فيما سبق الشروط اللازمة لمباشرة الدعوى البولصيـة . وقد ذكر القانون بعض تطبيقات خاصة لهذه الدعوى . ونتولى عرض هذه التطبيقات فيما يلى :

٩٣ — التصرفات المتوالية فى مال المدين

قد رأينا أن من شروط الدعوى البولصيـة أن يكون تصرف المدين

منطوياً على الغش ، بمعنى أن يقصد به المدين الإضرار بدائنيه ، وان يكون المتصرف له منه على علم بذلك ، وذلك فى المعاوضات دون التبرعات . وقد لا يقف الأمر عند تصرف المدين فى ماله ، بل يأتى المتصرف إليه منه ، أي خلفه المباشر ، فيتصرف فى المال بدوره إلى خلف ثان ، كما إذا باع المدين أرضه أو وهبها لزيد ، ثم جاء زيد وباع تلك الأرض لبكر . فإلى أى حد يتأثر حق الدائن فى الطعن بالدعوى البولصية فى تصرف مدينه بالتصرف الذى يجريه خلف هذا المدين ؟

مؤدى القواعد العامة أن مركز الدائن لا يتغير نتيجة التصرف الذى يجريه خلف المدين ، أى البيع الحاصل من زيد لبكر فى المثال السابق . فإن كان تصرف المدين نافذاً فى حق الدائن ، ما كان لهذا الأخير أن يعترض على ما يجريه خلف المدين من تصرفات . وإن كان تصرف المدين غير نافذ فى حق الدائن ، اعتبر أنه لم يقع أصلا بالنسبة إليه ، وكأن المال باق فى ذمة مدينه لم يذهب عنها ، فإذا جاء المتصرف له من المدين (زيد فى مثالنا) وباع الشيء لآخر (بكر فى مثالنا) ، اعتبر بالنسبة إلى الدائن أنه باع ما لا يملك ، وبالتالى فهو لا ينقل للمشترى منه حقاً ، إذ أن فاقد الشيء لا يعطيه . هذا هو مؤدى القواعدالعامة . ولكن المشرع قد خالف تلك القواعدبعض الشيء . إذ أنه راعى وجود العنصر الجديد، وهو المتصرف إليه الثانى (بكر فى مثالنا) ، وحمى مصلحته ، عندما يكون جديراً بالرعاية .

وقد قدر المشرع بحق أن المتصرف إليه من خلف المدين ، أى خلف الخلف أو الخلف الثانى (بكر فى مثالنا) ، لا يكون جديراً بالرعاية إلا إذا كان التصرف الذى عقد لصالحه من أعمال المعاوضات . لأنه هنا يكون قد قدم مقابل ما أخذ ، فلكى يحرم مما أخذ ، يلزم أن يكون تيار الغش قد لحقه . أما إذا كان خلف المدين متبرعاً له ، ما كان جديراً بأية رعاية خاصة ، حيث

أنه لم يدفع مقابلا لما يريد الاحتفاظ به ؛ ويكون للدائن ، عند مباشرته الدعوى البولصية ، ألا يعتد بالتبرع الحاصل له ، تطبيقاً للقواعد العامة .

من أجل ذلك اكتفى المشرع ببيان حكم الدعوى البولصية فى الحالة التى يتصرف فيها خلف المدين بطريق المعاوضة ، تاركا للقواعد العامة حكم تلك الدعوى فى الحالة التى يتصرف فيها خلف المدين بطريق التبرع . ونحن نتناول حكم دعوانا فى كل من الحالتين ، بادئين بالحالة الأخيرة .

الحالة الأولى ـ تصرف خلف المدين بطريق التبرع : الفرض فى هذه الحالة أن المدين قد تصرف فى ماله لشخص معين ، ثم جاء هذا الشخص وتصرف بدوره لآخر تبرعاً . مثال ذلك أن يهب المدين أو يبيع ماله لزيد ، ثم يجىء زيد فيهب المال لبكر . هنا الخلف الثانى (بكر) متبرع له . فهو ليس جديراً بأية رعاية خاصة . ويكون للدائن أن يباشر الدعوى البولصية ، دون اعتداد بوجوده . ولكن مباشرتها تتأثر ، وفقاً للقواعد العامة ، بما إذا كان الخلف الأول (زيد) قد تلقى المال تبرعاً أو معاوضة . وعلى ذلك فحالتنا تتفرع إلى الفرضين القانونيين الآتيين :

١ — تصرف كل من المدين وخلفه بطريق التبرع : كما إذا وهب المدين أرضه لزيد ، ثم وهب زيد بدوره الأرض لبكر . لاصعوبة فى هذا الفرض . فقبل الهبة الحاصلة للخلف الثانى (بكر) ، كان للدائن أن يباشر الدعوى البولصية ، دون أن يلزم بإثبات الغش لا على المدين ولا على خلفه المباشر (زيد) ؛ ولا يتغير الوضع بعد الهبة الحاصلة من الخلف الأول (زيد) للخلف الثانى (بكر) . وهكذا تباشر الدعوى فى هذا الفرض ، دون ما ضرورة لإثبات الغش على أحد .

٢ — المدين يتصرف بطريق المعاوضة وخلفه يتصرف بطريق التبرع : مثال هذا الفرض أن يبيع المدين الأرض لزيد ، ثم يجىء زيد فيهب الأرض

لبكر . وفى هذا الفرض ، لايتأثر الدائن بالهبة الحاصلة للخلف الثانى (بكر) ويبقى الحال كما كان قبل إبرامها ، وهو أنه يلزم ، لنجاح الدعوى البولصية ، أن يكون المدين غاشياً ، وأن يكون خلفه المباشر (زيد) على علم بغشه .

الحالة الثانية — تصرف خلف المدين معاوضة : الفرض فى هذه الحالة أن المدين تصرف فى ماله لشخص معين ، ثم جاء هذا وتصرف بدوره فى المال لآخر على سبيل المعاوضة . مثال ذلك أن يبيع المدين أو يهب أرضه لزيد ، ثم يجىء زيد ويبيع الأرض لبكر . هنا تتأثر الدعوى البولصية بوجود الخلف الثانى (بكر) ؛ لأنه يدفع مقابلا لما يأخذ . ويلزم لنجاحها أن يكون سيىء النية ، إلى جانب ما قد تستلزمه القواعد العامة لهذه الدعوى من سوء نية المدين والمتصرف إليه منه ، أى خلفه المباشر (زيد) . وهذه الحالة تتفرع كسابقتها إلى فرضين ثانويين ، هما الآتيان :

١ — كل من المدين وخلفه يتصرف فى المال معاوضة : مثال هذا الفرض أن يبيع المدين الأرض لزيد ، ثم يجىء زيد فيبيع الأرض بدوره لبكر . وفى هذا الفرض يحتم القانون أن يكون الخلف الثانى (بكر) سيىء النية ، فضلا عما تتطلبه القواعد العامة للدعوى البولصية من سوء النية عند كل من المدين والخلف الأول (زيد) ، حيث أن التصرف المعقود بينهما معاوضة . وهكذا يلزم ، لنجاح الدعوى البولصية فى هذا الفرض ، أن يثبت غش المدين ، وأن يكون الخلف الأول (زيد) على علم بهذا الغش ، وأن يكون الخلف الثانى (بكر) على علم بغش المدين وبعلم الخلف الأول (زيد) بهذا الغش .

٢ — المدين يتصرف بطريق التبرع وخلفه يتصرف معاوضة : مثال هذا الفرض ، أن يهب المدين أرضه لزيد ، ثم يجىء زيد فيبيع الأرض لبكر . فى هذا الفرض ، كسابقه ، يحتم القانون حماية مصلحه الخلف الثانى (بكر) . لأنه يدفع مقابلا لما يأخذ . ومن ثم يلزم ، لنجاح الدعوى البولصية ، أن يكون

سيء النية . وسوء النية هنا لا يتطلب إلا فى الخلف الثاني ، لأن التصرف الحاصل من المدين للخلف الأول تبرع . وهكذا فيكفى ، لنجاح دعوانا فى فرضنا هذا ، أن يكون الخلف الثانى (بكر) سيء النية . وقد اعتبره القانون كذلك إذا كان يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول .

هذه هى أحكام الدعوى البولصية فى الحالة التى يتصرف فيها خلف المدين بطريق المعاوضة[1] ، بفرضيها الثانويين . وقد سبق لنا القول بأن القانون لم يتعرض إلا لبيان حكمها ، تاركا حكم الحالة التى عرضناها فيما سبق للقواعد العامة. وقد جاءت المادة ٢/٢٣٨ فى هذا الصدد تقضى بأنه : «٢- وإذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين ، وعلم الخلف الأول بهذا الغش ، إن كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثانى يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً » .

٩٣ — التصرفات التي تودى إلى تقرير أفضلية أحد الدائنين

قد يقتصر أثر التصرف الذى يجريه المدين على تقرير الأفضلية والتقدم لأحد الدائنين على الآخرين ، كما إذا رهن المدين ماله رهناً رسمياً أو حيازياً . وقد ثار الجدل فى فرنسا وفى مصر ، تحت ظل قانوننا القديم ، حول ما إذا كان يجوز الطعن فى هذا التصرف بالدعوى البولصية ، أو أن ذلك لا يسوغ . وقد كان السبب فى هذا الجدل أن المدين هنا لا يفقد ماله بل يبقى

---

(١) ويستثنى من هذا الحكم الحالة التى يتصرف فيها خلف المدين فى عقار بعد رفع الدعوى البولصية وتسجيل عريضتها . فوفقاً للمادة ١٧ من قانون الشهر العقارى ، يسرى الحكم الصادر فى الدعوى التى سجلت عريضتها على من كسب على العقار حقاً بعد تسجيل العريضة ، حتى لو كان حسن النية فى حقيقه الواقع .

محتفظاً به . وقد تعمد المشرع فى قانوننا الجديد أن يخص التصرف الذى نحن بصدده بالذكر ، مصرحاً بجواز الطعن فيه بدعوانا ، إذا توافرت شروطها . وفى ذلك تقضى المادة ٢٤٢/١ بأنه : « ١ — إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة» .

وقد أحسن المشرع بذلك صنعاً ؛ إذ أن الرهن الذى يعقده المدين لصالح أحد دائنيه ، وإن لم يخرج المال المرهون من ذمته ، إلا أنه يلحق باقى الدائنين بأذىً جسيم ، إذ هو يخرج ذاك المال من الضمان العام المقرر لهم فى حدود الدين المضمون بالرهن .

ويختلف حكم الطعن بالدعوى البولصية فى التصرف الذى رتب لأحد الدائنين الأفضلية على الآخرين ، باختلاف ما إذا كان هذا التصرف قد عقد بمقابل أم بطريق التبرع . فإذا كان المدين ، عند رهنه ماله ، قد أخذ مقابلا للرهن ، كما إذا منحه الدائن أجلا جديداً أو حط عنه بعض الدين ، لزم توافر غش المدين وعلم المرتهن بهذا الغش ، أى لزم أن يكون المدين عند الرهن عالما بإعساره وأن يكون المرتهن بدوره على علم بهذا الإعسار . أما إذا عقد المدين الرهن بطريق التبرع ، أى دون أن يفيد منه بشىء ، ساغ الطعن فيه ، حتى لو كان كل من الراهن والمرتهن حسن النية .

ويترتب على نجاح الطعن بالدعوى البولصية فى الرهن الذى يعقده المدين لصالح أحد دائنيه ، ألا يسرى هذا الرهن فى حق الدائنين الآخرين ، فى الحدود التى يضرهم فيها سريانه عليهم (١) .

---

(١) ويلاحظ أن دائنى الشخص العاديين لا يضارون من ذات الرهن الذى يعقده المدين ، إلا طالما بقى المال المرهون فى ذمته . لأنه إذا خرج هذا المال من ذمة المدين ، كما إذا باعه ، مثلا ، فإن دائنى المدين العاديين لا يستطيعون التنفيذ عليه أصلا . ولذلك لا يجوز للدائنين أن =

٩٤ — الوفاء الحاصل من المدين لأحد دائنيه

إذا وفى المدين أحد دائنيـه ، كان وفاؤه هذا محلا للطعن فيه بالدعوى البولصية ، على فرض توافر شروطها بطبيعة الحال .

ويختلف حكم الطعن فى الوفاء الحاصل من المدين ، باختلاف ما إذا كان قد حصل قبل حلول أجل الدين أم بعد ذلك . فإذا وفى المدين دينه قبل حلول أجله الأصلى ، أى الأجل الذى حدد من الأصل لأدائه ، أخذ وفاؤه حكم التبرع ، وأمكن الطعن فيه بالدعوى البولصية ، دون حاجة إلى إثبات الغش ، لامن المدين ولامن الموفى له . والعلة فى ذلك أن وفاء الدين قبل حلول أجله يتضمن فى الغالب رغبة المدين فى تمييز الدائن الموفى له على الآخرين ؛ فضلا عن أن المدين يعتبر هنا متبرعاً بالأجل الذى نزل عنه وسدد الدين قبل انقضائه . أما إذا حصل الوفاء بالدين بعد حلول أجله ، أخذ حكم المعاوضة ، وما ساغ الطعن فيه بالدعوى البولصية ، إلا إذا جاء نتيجة غش المدين والدائن الموفى له. وفى ذلك تقضى المادة ٢/٢٤٢ بأنه « ٢ — وإذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذى عين أصلا للوفاء ، فلا يسرى هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين . وكذلك لا يسرى فى حقهم الوفاء ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل ، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى حقه » .

= يطعنوا بالدعوى البولصية فى الرهن الصادر من المدين ، إلا طالما بقى المرهون فى ذمته ، أو استطاعوا أن يقرروا عدم نفاذ إخراجه من ذمته فى مواجهتهم . أما إذا رهن المدين ماله ، ثم تصرف فيه تصرفا ساريا فى مواجهة دائنيه ، ما كان لهؤلاء أن يطعنوا فى الرهن ، لانعدام المصلحة . وهذا ما يفسر قول المادة ١/٢٤٢ بأنه « إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر ، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة » . والمشرع يريد بذلك أن الغش لايحرم المرتهن من حق تتبع المال المرهون فى يد المتصرف له به وتقدمه فى استيفاء دينه على دائنى هذا الأخير .

٩٥ — تقادم الدعوى البولصية

الدعوى البولصية سيف يتهدد تصرفات المدين ، إن لم يكن بإزالتها كلية ، فبتجريدها من قيمتها العملية . من أجل ذلك ، كان من الخير ألا يترك أمر سقوطها بالتقادم لحكم القواعد العامة ، حتى لا تطول ، بغير مبرر ، الفترة التي يستمر خلالها مصير تصرفات المدين مضطرب غير مستقر . وتمشيا مع تلك الفكرة ، جاءت المادة ٢٤٣ تقرر لدعوانا مدة خاصة للتقادم ؛ وهي في ذلك تقضي بأنه: «تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف . وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه» .

ومن هذا النص يبين أن الدعوى البوليصية تسقط بمضي ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف في مواجهته . فمدة الثلاث السنوات لا تسرى من تاريخ إبرام التصرف ، ولكن من تاريخ علم الدائن بكل الشروط التي تجعله غير سار في حقه ، أي من تاريخ علمه بأن التصرف قد رتب إعسار المدين وأنه ينطوي على الغش إن كان معاوضة . وكما هو واضح ، تسرى فترة الثلاث السنوات ، بالنسبة إلى كل دائن على حدة لأن تاريخ علم كل منهم بسبب عدم نفاذ التصرف في حقه قد يختلف . وهكذا فقد تسقط الدعوى البولصية بالنسبة لبعض الدائنين ، مع بقائها قائمة بالنسبة لبعضهم الآخر .

وفي جميع الأحوال ، تسقط الدعوى البولصية ، بالنسبة إلى جميع الدائنين ، بانقضاء ١٥ سنة من تاريخ صدور التصرف المطعون فيه ، إن لم تكن قد سقطت من قبل بالتقادم الثلاثي .

وهكذا تسقط الدعوى البولصية بانقضاء ثلاث سنوات من تاريخ علم

الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف فى حقه ، أو بانقضاء خمسة عشر عاما من تاريخ إبرام التصرف ، أى المدتين أقصر .

٩٦ — (ج) آثار الدعوى البولصية :

إذا توافرت فى الدعوى البوليصية شروطها ، ورفعها دائن ممن يجوز لهم مباشرتها ولم يلجأ المتصرف إليه إلى توقيها بإيداع ثمن المثل خزانة المحكمة ، تعين إنتاج أثرها . ويتركز هذا الأثر فى عدم نفاذ التصرف فى حق الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم .

فلا يترتب على الدعوى البولصية إبطال التصرف ، بل مجرد عدم نفاذه فى حق الدائنين الذى صدر إضراراً بهم ، بمعنى أن التصرف يبقى موجوداً وصحيحاً فى العلاقة بين المدين والمتصرف إليه ، ولكنه يعتبر غير موجود بالنسبة إلى الدائنين الذين صدر إضراراً بهم .

ولزيادة الإيضاح ، نتناول أثر الدعوى بالنسبة إلى الدائنين ثم أثرها فى العلاقة بين المدين والمتصرف إليه .

٩٧ — أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى الدائنين :

يترتب على نجاح الدعوى البولصية اعتبار التصرف المطعون فيه غير نافذ فى حق الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم . ومؤدى ذلك أن التصرف يعتبر بالنسبة إلى هؤلاء كأن لم يكن أصلا ، فلا يضارون منه ولا يفيدون .

وتمشيا مع هذه الفكرة ، إن كان التصرف بيعاً مثلا ، اعتبر المبيع ، بالنسبة إلى الدائنين ، أنه لا يزال موجودا فى ذمة المدين لم يذهب عنها[1] .

---

(١) ويسرى نفس الحكم ، حتى لو كان المبيع عقاراً وتسجل البيع . إذ أن التسجيل ليس الذى ينقل الملكية بذاته وبمجرده ؛ ولكن الذى ينقل الملكية هو العقد المسجل . فإن =

وبذلك يستطيعون التنفيذ عليه، ليستوفوا ديونهم من ثمنه. وحينئذ لا يزاحمهم دائنو المشتري. إذ ليس لهؤلاء أن ينفذوا إلا على أموال مدينهم (المشترى). ويعتبر المبيع، بالنسبة إلى دائنى البائع أنه لا زال فى ذمة هذا الأخير، لم ينتقل منها.

وإن حق لدائنى البائع أن يدرأوا عن أنفسهم الضرر الذى قد ينجم لهم بسبب التصرف الذى تقرر عدم نفاذه فى مواجهتهم، امتنع عليهم أن يفيدوا منه. فلا يحق لهم، مثلا، أن يحجزوا تحت يد المشترى على الثمن المستحق عليه لمدينهم البائع. بمجمل ما سبق، أن البيع، فى مثالنا يعتبر غير موجود، بالنسبة إلى دائنى البائع، فهم لا يضارون منه ولا يفيدون.

وإن كان التصرف الذى حكم بعدم نفاذه فى مواجهة الدائنين قرضاً، فإن المقرض لا يعتبر، بالنسبة لهؤلاء، دائناً للمدين بمبلغ القرض، ولا يسوغ له بالتالى أن يزاحمهم به فى التنفيذ على أمواله.

وإذا كان التصرف رهناً، امتنع على المرتهن أن يحتج بحق التقــدم والأفضلية فى مواجهة الدائنين الذين حصل الرهن إضراراً بهم.

وإن كان التصرف وفاء، اعتبر الموفى له، بالنسبة إلى الدائنين، أنه لم يستوف ديناً له، وإنما قبض شيئاً غير مستحق له، ومن ثم يسوغ لهؤلاء الدائنين أن يطالبوه برد ما أخذ، وأن ينفذو عليه استيفاء له.

٩٨ — الدائنون الذين يفيدون من الدعوى البولصية :

رأينا أنه يترتب على نجاح الدعوى البولصية اعتبار التصرف المطعون فيه غير نافذ فى حق الدائنين الذين صدر التصرف إضراراً بهم. ولكن من هم الدائنون الذين يفيدون من نجاح الدعوى البولصية ؟

= تسجيل بيع غير نافذ فى مواجهة الدائنين نتيجة الطعن فيه بالدعوى البولصية، وقع هذا التسجيل غير مؤثر.

لا تقتصر فائدة الدعوى البولصية على الدائن الذى رفعها ، ولا على ذاك الذى اشترك فيها . بل هى تشمل أيضاً جميع الدائنين الذين كان لهم حق رفعها ولم يرفعوها . وفى ذلك تقضى المادة ٢٤٠ بأنه : «متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر التصرف إضراراً بهم » .

وهكذا ينقسم الدائنون ، بالنسبة إلى ثمرة الدعوى البولصية، إلى نوعين: (الأول) دائنون يفيدون من نجاح الدعوى البولصية ، بمعنى أن التصرف المطعون فيه لا يعتبر نافذاً فى مواجهتهم ؛ وهؤلاء هم الدائنون الذين كان لهم حق رفع تلك الدعوى، دون تمييز بين من رفع منهم تلك الدعوى أو اشترك فيها ، وبين من ظل بعيداً عنها ويريد الإفادة منها بعد أن أينعت ثمرتها . (الثانى) دائنون لا يفيدون من ثمرة الدعوى البولصية ، بمعنى أنهم لا يستطيعون الادعاء بأن التصرف المطعون فيه لا يسرى فى حقهم ؛ وهؤلاء هم الدائنون الذين لم يكن يسوغ لهم رفع تلك الدعوى ، كما لو كانت حقوقهم نشأت فى تاريخ لاحق لابرام التصرف المطعون فيه ، أو كانت الدعوى البولصية قد سقطت بالتقادم بالنسبة إليهم .

خلاصة ماسبق أن ثمرة الدعوى البولصية لا تقتصر على مباشرها ، ولا تعم على جميع الدائنين ، بل هى تشمل ، إلى جانب من باشرها ، كل من كان يسوغ له رفعها أو الاشتراك فيها[1] . وفى هذا تختلف الدعوى البولصية عن الدعوى

---

(١) والحق إن تخويل دائنى المدين الذين كان يسوغ لهم رفع الدعوى البولصية ولم يرفعوها الاشتراك مع من رفعها وكسبها ، فى الإفادة من ثمرتها ؛ الحق إن ذلك يتنافى مع القواعد العامة التى تقضى بنسبية الأحكام ، أى باقتصار أثر الأحكام على أطراف الدعوى ومن يمثلونهم . فالدائن فى الدعوى البولصية يعمل باسمه ، فهو لا ينوب عن المدين ، ولا عن باقى الدائنين . فكان الواجب ، والحال هذه ، أن يقتصر أثر الحكم الصادر فيها على مباشرها . وهذا هو الرأى الذى ساد تحت ظل القانون الفرنسى ، وتحت ظل قانوننا القديم ؛ بل إن هذا الرأى يعتبر من التقاليد اللاتينية لهذه الدعوى . ولكن المشرع ، فى قانوننا الجديد ، آثر أن يشمل الخير جميع الدائنين الذين كان يسوغ لهم رفع دعوانا ، على اعتبار أنها تستهدف ، كالدعوى غير المباشرة تماماً ، حماية الضمان العام المقرر لجميع الدائنين ؛ فإن حققت غايتها ، لزم أن تعم فائدتها . وهذا القول غير مقنع ؛ إذ أن أعماله يؤدى إلى وجوب أن يفيد من ثمرة دعوانا كل دائنى المدين ؛ فى حين أن تلك الثمرة لا تنال إلا من كان يسوغ لهم من هؤلاء رفع الدعوى ، دون الباقين .

غير المباشرة ، التي تعود فائدتها على كل الدائنين ، بشرط أن ينفذوا على الحق الذى بوشرت بصدده ، فى الوقت المناسب .

٩٩ — نجاح الدعوى البولصية لا يغني عن اجراء التنفيذ :

رأينا أن أثر الدعوى البولصية يتركز فى عدم نفاذ التصرف المطعون فيه ، بالنسبة إلى من باشرها ، وإلى غيره من الدائنين الذين كان يسوغ لهم أن يباشروها . وهى لا تذهب إلى أبعد من ذلك . فهى لا تعتبر من إجراءات التنفيذ ولا تغنى عنها . فإذا كان التصرف المطعون فيه بيعاً ، مثلا ، ونجحت الدعوى البولصية بشأنه ، وجب لكى تتحقق الفائدة ، أن يجرى الدائنون ، الذين يفيدون من الدعوى ، التنفيذ على الشيء الذى ورد البيع عليه . فإن نفذ عليه بعض هؤلاء الدائنين ، دون الآخرين ، اقتصرت الفائدة على من نفذ دون من لم ينفذ . وفى كل هذا يتساوى الدائن الذى باشر الدعوى مع غيره ممن يفيدون منها .

١٠٠ — أثر الدعوى البولصية فى العلاقة بين المدين والمتصرف إليه

الدعوى البولصية لا تؤثر ، بطريق مباشر ، فى العلاقة بين المدين ومن تصرف له . فهى لا تؤدى إلى بطلان التصرف ، بل إلى مجرد عدم نفاذه فى حق الدائنين . فهى ليست دعوى بطلان .

وعلى هذا فالأصل أن يبقى التصرف سليما نافذاً بين المدين ومن تصرف له . فإن كان التصرف بيعاً ، مثلا ، اعتبر المشترى مالكا للمبيع فى مواجهة المدين ، وإن كان لا يعتبر كذلك فى مواجهة الدائنين المستفيدين من الدعوى البولصية . ويترتب على ذلك أنه إذا بقى من ثمن البيع فائض ، بعد استيفاء دائنى البائع حقوقهم ، كان هذا الفائض من نصيب المشترى ، دون البائع . وإن كان التصرف قرضاً ، اقترض به المدين مبلغاً من النقود ، ونجحت الدعوى

البولصية بصدده ، اعتبر المقرض ، فى العلاقة بينه وبين المقترض ، دائناً ، وإن لم يعتبر كذلك ، بالنسبة إلى المستفيدين من الدعوى البولصية .

بيد أنه يلاحظ أن لدعوى البولصية ، وإن كانت لا تؤثر بطريق مباشر فى العلاقة بين المدين ومن تصرف له ، إلا أنها قد تؤثر فى تلك العلاقة بطريق غير مباشر . فإن كان البيع الصادر من المدين ، مثلا ، والذى نجحت الدعوى البولصية بصدده ، يبقى صحيحاً ونافذاً فى العلاقة بين المدين والمشترى منه ، إلا أنه إذا حرم هذا الأخير من المبيع ، نتيجة التنفيذ عليه من دائنى البائع المستفيدين من الدعوى ، كان له أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق أو بفسخ البيع ، أى الطريقين يراه أوفق لمصلحته .

٣ — دعوى الصورية

١٠١ — رأينا أن القانون يمنح الدائن وسيلة الدعوى غير المباشرة ، لكى يدرأ بها عن نفسه الضرر الذى من شأن قعود المدين وتكاسله فى مباشرة حقه أن يسببه له ، وأنه يمنحه أيضاً الدعوى البولصية ، لكى يدرأ بها عن نفسه الضرر الذى تسببه له التصرفات التى يجريها المدين .

وهناك خطر ثالث يتهدد الدائنين ، وكان لابد للمشرع أن يواجهه ويقرر له الوسيلة المناسبة لدرئه ، وهذا هو خطر ظهور المدين بمظهر الشخص الذى يجرى تصرفا ما ، فى حين أنه لا يجريه فى حقيقة الواقع . فالمدين هنا يتخذ أمام الناس موقفاً قانونياً كاذباً ، ليخفى به موقفاً آخر حقيقياً لا مرئى فى نفسه ؛ وبعبارة أخرى ، هو يصور للناس أمراً ، ليستر به أمراً آخر . ومثال ذلك أن يظهر المدين بمظهر من يبيع ماله لآخر ، فى حين أنه فى الحقيقة لا يبيعه ، فيبرم عقداً ظاهراً يصوره بائعاً ، ثم يستكتب المشترى ورقة يقر فيها بأن البيع السابق لا وجود له فى الحقيقة . فى مثل هذه الحالة ، يهم الدائن أن يظهر الحقيقة ، وهى أنه لا يوجد ثمة بيع ، وأن يتمسك بسريانها فى حقه ، دون

العقد الكاذب . والقانون يمكنه من ذلك ، بدعوى تسمى « دعوى الصورية ». وسميت هذه الدعوى كذلك لأنها تستهدف إثبات أن التصرف الذى أظهر للناس ، لا يعدو أن يكون تصرفاً صورياً لا يتفق مع الحقيقة .

ودعوى الصورية ، وإن كانت وسيلة يصل بها الدائن إلى المحافظة على حقوقه ، عن طريق إظهار كذب التصرف الذى يضر به ، إلا أن للصورية فى ذاتها أحكاماً أعم وأشمل . ولذلك يلزمنا هنا أن نبدأ بتناول الصورية فى نطاقها العام ، مبينين المقصود منها وأنواعها وشروطها وآثارها وإثباتها ، ثم نبين بعد ذلك كيف تتخذ الصورية وسيلة للمحافظة على حقوق الدائنين .

١٠٢ — المقصود بالصورية

يقصد بالصورية simulaiton إخفاء حقيقة قانونية معينة بتصرف كاذب يظهر أمام الناس ، أو هى تصوير أمر قانونى معين على غير حقيقته .

وهكذا يوجد فى الصورية أمر قانونى حقيقى ، وهو الذى يبتغى بالصورية إخفاؤه وستره ؛ وإذا كان هذا الأمر تصرفاً قانونياً ، أطلق عليه التصرف الحقيقى أو المستور . ويوجد فيها أمر كاذب وهو الذى يظهر للناس ، ليستر الحقيقة ، وهذا هو التصرف الظاهر أو الساتر أو الصورى أو هو ورقة الضد Contre-lettre ، كما يغلب أن يطلق عليه ، لاسيما فى أحكام المحاكم .

١٠٣ — أنواع الصورية

تتنوع الصورية ، بالنسبة إلى مداها ، نوعين أساسيين : فهى إما صورية مطلقة ، وإما صورية نسبية .

ويقصد بالصورية المطلقة تلك التى تصور وجود تصرف قانونى معين ، فى حين أنه لا يوجد فى الحقيقة أى تصرف . فالصورية هنا تتناول التصرف

فى ذات وجوده ، فتوهم بأنه موجود ، فى حين أنه ليس كذلك ! ومثال هذا النوع من الصورية ، أن يريد شخص ترشيح نفسه لمنصب العمدية ، فيعوزه النصاب المقرر ، فيلجأ إلى أحد ممن يلوذ بهم ويتفق معه على أن يبرم له عقداً صورياً يظهر فيه أن يبيعه المال اللازم ، ثم يعطيه ورقة ضد يصرح فيها بالصورية[1] . ومثال الصورية المطلقة أيضاً أن يريد المدين إبعاد مال من أمواله عن متناول دائنيه حتى يتقى تنفيذهم عليه ، فيلجأ إلى شخص ممن يثق بهم ، ويبيع له هذا المال بيعاً صورياً ، ثم يأخذ منه على سبيل الاحتياط ورقة ضد .

أما الصورية النسبية ، فهى تلك التى لا تتناول وجود التصرف ذاته ، لكن تتناول طبيعته او موضوعه او أطرافه . فهنا يوجد فى الحقيقة تصرف قانونى معين ، كل مافى الأمر أن الصورية تستخدم لإخفاء طبيعته أو موضوعه أو أطرافه .

ويطلق عادة على الصورية التى تخفى طبيعة العقد «الصورية بطريق التستر» والمثال الغالب لهذا النوع من الصورية ، هو إخفاء الهبة فى صورة عقد من عقود المعاوضات ، لاسيما عقد البيع ، كما إذا أراد الأب أن يهب ابنه ماله ، فيحرر له عقد بيع ينص فيه على أنه استوفى منه الثمن كاملا ؛ فالتصرف الظاهر هنا هو عقد البيع ؛ ولا يوجد ثمة بيع فى الحقيقة ؛ ولكن البيع هو عقد صورى يستر تصرفاً حقيقياً ، وهو عقد الهبة . والعجيب فى الأمر أن المشرع هنا لم يكتف بعدم تحريم الصورية ، بل باركها واعترف لها بأثر هام مؤداه أنها تغنى عن الشكل الذى يلزم لانعقاد الهبة . فالأصل أن الهبة

---

(١) يلاحظ أنه ، لكى تحقق الصورية فى هذا المثال الهدف المقصود منها ، لابد أن تتم قبل أن تشغر وظيفة العمدية التى يراد الترشيح لها . لأنه وفقاً لقانون العمد ، يلزم أن يكون المرشح مستوفياً النصاب القانونى ، قبل شغل الوظيفة التى يريد الترشيح لها . مالم يكن المال قد آل للمرشح نتيجة الميراث أو الوصية .

لا تقوم إلا إذا أبرمت فى الشكل الرسمى ، أو كان الموهوب منقولا وتم قبضه . ولكن القانون يستغنى عن هذا الشكل ، ويقر انعقاد الهبة صحيحة بدونه ، إذا ما تمت تحت ستار عقد آخر (المادة ١/٤٨٨) . وهذا ما يفسر شيوع ستر الهبة فى صورة البيع[١] ، حتى أنه يندر فى العمل أن تعقد الهبة ظاهرة سافرة .

أما الصورية التى تخفى موضوع التصرف ، فيطلق عليها « الصورية بطريق المضادة » . ومثالها الغالب أن يحرر عقد بيع ويذكر فيه ثمن صورى يخالف الثمن الحقيقى ، إما زيادة[٢] وإما نقصاناً[٣] .

ويطلق فى النهاية على الصورية التى تخفى أحد طرفى التصرف « الصورية بطريق التسخير أو الصورية عن طريق الإسم المستعار » . ومثالها أن يريد قاض أو أحد رجال النيابة العامة أن يشترى حقاً متنازعاً فيه ، مما يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشر عمله فيها ، فيلجأ ، لتفادى الحظر الذى يفرضه القانون عليه فى هذه الحالة (المادة ٤٧١) ، إلى شخص آخر ويتفق معه على أن يظهر مشترياً للحق المتنازع فيه ، وهو فى الحقيقة يشتريه لحسابه هو ؛ فالقاضى هنا هو المشترى الحقيقى للحق ، وإن اشتراه باسم مستعار أو عن طريق التسخير . والشراء يقع هنا باطلا ، حتى لو ألبس هذا الثوب الزائف .

١٠٤ — شروط قيام الصورية : تستهدف الصورية غاية معينة ، هى التجاء شخصين ، متوافقين متواطئين ، إلى إخفاء أمر معين ، بإظهاره فى صورة تصرف كاذب . وهى لا تتجاوز

(١) أنظر فى ستر الهبة فى صورة البيع وما يلزم لذلك ، مؤلفنا محاضرات فى العقود ج ٢ عقد البيع نبذة ٦١ .

(٢) كما إذا أريد منع الجار من أن يأخذ المبيع بالشفعة .

(٣) وكثيراً ما يحصل فى بيع العقار أن يصور البائع والمشترى ثمناً أقل من الثمن الحقيقى حتى تقل الرسوم المستحقة لإجراء التسجيل .

هذا الأمر . وعلى هذا فيلزم ، للقول بوجود الصورية ، توافر الأمور الآتية :

١ — يجب أن يكون المقصود من الصورية هو مجرد إخفاء حقيقة قانونية لا تعديلها . فإذا اتفق شخصان على أن يبيع أحدهما الآخر ماله ، وكان اتفاقهما جدياً ، ثم عدلا عن البيع ، فأبرما تصرفاً جديداً يثبتان فيه عدولها هذا ، ما كنا بصدد صورية ، ولكن بصدد تفاسخ اتفاقى للبيع . ولكن الصورية تكون فى حالتنا إذا لم يرد الشخصان السابقان البيع أصلا ، ولكنهما ظهرا بمظهر من يبرمانه . ويعتبر التصرف جدياً غير صورى ، ما دام من شأنه أن يعدل فى المركز القانونى لطرفيه ، حتى لو كان الدافع إليه هو الغش والإضرار . ومثال ذلك أن يهب المدين ماله هبة جدية ، لكى يمنع دائنيه من التنفيذ عليه . فهنا لا يطعن فى الهبة بدعوى الصورية ، ولكن يمكن الطعن فيها بالدعوى البولصية ، إذا توافرت شروطها .

٢ — ويترتب على اقتصار الصورية على إخفاء الحقيقة القانونية دون إجراء تعديل فيها ، وجوب أن يتعاصر إبرام التصرف الحقيقى مع إبرام التصرف الصوري . فإن أبرم تصرف معين ، ثم أبرم بعد مدة طويلة تصرف آخر يتعارض معه ، ما كنا بصدد صورية ، ولكن بصدد تعديل أو إلغاء التصرف الأول . ولكن المقصود بالتعاصر هنا هو التعاصر الذهنى لا المادى[1] ، بمعنى أن يكون الطرفان ، عند إبرامهما التصرف الصورى متفقين على أن هذا التصرف لا يسرى فى حقهما ، وأن الذى يسرى هو تصرف آخر ؛ وسيان بعد ذلك أن يحرر هذا التصرف الآخر فى نفس الوقت أو فى وقت لاحق .

٣ — يجب ألا يتضمن التصرف الصورى ما ينم عن صوريته ، وينبىء

---

(١) أنظر نقض أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ ، مجموعة النقض س ١ رقم ١٣ ص ٤٨ — نقض ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ ، مجموعة النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٢ .

بالتالى بوجود التصرف الحقيقى الذى يخالفه . فإن كان التصرف الظاهر فاضحاً وجود التصرف الحقيقى ، ما كنا بصدد صورية ، وما طبقت أحكامها . ومثال ذلك أن يحرر عقد هبة فى صورة بيع ، ولكن يذكر فيه أن البائع يبرىء المشترى من الثمن ؛ هنا يفضح البيع بذاته الهبة ولا يسترها ، فلا يعمل بأحكام الصورية ؛ الأمر الذى يترتب عليه هنا عدم صحة الهبة ، مالم تكن بورقة رسمية أو كان الموهوب منقولا وتم قبضه .

١٠٥ — آثار الصورية

الفرض هنا أن تصرفاً صورياً قد أبرم . ونريد أن نتبين الآثار المترتبة على صوريته . وتختلف هذه الآثار باختلاف ما إذا كنا بصدد علاقة قائمة بين طرفى العقد الصورى وورثتهما ، وما إذا كنا بصدد علاقة قائمة بين هؤلاء وبين الغير ؛ وذلك على التفصيل الآتى :

١٠٦ — أولا — آثار الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين وورثتهما

القاعدة العامة فى الصورية أنها ليست بذاتها سبباً للبطلان ، كل ما فى الأمر أنها ، وقد قصد بها أن تخفى تصرفاً معيناً فى صورة تصرف كاذب ، فإنه لا يعمل بهذا التصرف الكاذب أو الصورى ، ويسرى التصرف الحقيقى المستور دونه . فالفرض هنا أن المتعاقدين قد اتفقا حقيقة على إبرام تصرف معين ، ولكنهما أخفياه فى صورة تصرف آخر لا وجود له فى الحقيقة ؛ فالذى ينفذ هو التصرف الحقيقى الذى أراده الطرفان ، دون التصرف الصورى الذى لم يريدا به أكثر من الغش والخديعة .

وهذه القاعدة العامة تسرى بلا قيد فى العلاقة القائمة بين المتعاقدين والخلف العام ، أى ورثة كل منهما والموصى له من أحدهما بنسبة معينة من التركة . وفى هذا تقضى المادة ٢٤٥ بأنه « إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى » .

فالتصرف الصورى لا ينتج أى أثر فى العلاقة بين المتعاقدين وورثتهما . فإذا باع زيد، مثلا، بيعاً صورياً أرضاً يملكها لبكر ، اعتبر البيع غير قائم ؛ لأنه غير موجود فى حقيقة الواقع . وهكذا تظل ملكية الأرض للبائع الصورى (زيد) ، حتى لو تسجل البيع [1] . ولا يلزم المشترى (بكر) بدفع الثمن المذكور فى العقد . وإذا مات البائع أو المشترى الصوريين ، فإن ملكية المبيع تنتقل إلى ورثة البائع دون ورثة المشترى . المهم هنا هو أن التصرف الصورى لا ينفذ فى العلاقة بين المتعاقدين والخلف العام . فالذى ينفذ فى حقهما هو التصرف الحقيقى . ولما كانت الحقيقة فى مثالنا السابق أنه لا يوجد تصرف البتة ، فلا يتغير الحال فى العلاقة القائمة بين طرفى العقد الصورى وورثتهما ؛ بل يبقى الأمر كما كان من قبل .

وإذا ستر شخصان هبة أبرماها فى صورة بيع، فإن الذى يسرى فى حقهما وفى حق ورثتهما هو العقد الحقيقى المستور ، أى الهبة ، دون العقد الصورى الساتر ، وهو البيع ، مع استثناء ما تستلزمه الهبة من شكل، وفقاً لما يقضى به القانون بنص خاص . فالأهلية الواجبة هنا هى أهلية التبرع ، ويجوز للمتصرف الرجوع فى تصرفه ، إذا وجد فى حالة من الحالات التى يسوغ فيها الرجوع فى الهبة ، ولدائنى المتصرف أن يطعنوا فى التصرف على أساس أنه تبرع ، فلا يلزمهم إثبات الغش .

١٠٧ — ثانيا — آثار الصورية بالنسبة إلى الدائنين والخلف الخاص

لو تركنا الأمر لمجرد حكم القواعد القانونية العامة ، ما اختلف أثر الصورية بالنسبة إلى الغير عن أثرها بالنسبة إلى المتعاقدين . إذ فى كل من الحالتين ، لا يوجد فى الحقيقة إلا التصرف المستور ، دون التصرف الصورى . ولكن

---

(١) لأن الذى ينقل الملكية ليس هو التسجيل فى ذاته ، ولكن العقد المسجل . فإذا كان البيع صورياً أى غير موجود ، فلا يغنى تسجيله شيئاً .

المشرع لاحظ ، من ناحية أخرى ، أن بعض الأشخاص قد ينخدعون بوجود التصرف الصورى ، فيتوهمون صحته ، ويركنون إليه ويعولون فى معاملاتهم عليه ، والعدالة تقتضى حماية حقوق هؤلاء ، على أساس اعتبار أن التصرف الكاذب الذى خدعهم هو تصرف حقيقى يرتب آثاره . وليس لمصطنعى الصورية أن يتأذوا من هـذا الوضع ؛ فهم الذين تسببوا فى خديعة الناس . وما هذا إلا مجرد تطبيق لنظرية عريقة فى القدم ، أخذت جذورها تتشعب فى دنيا القانون فى وقتنا الحاضر ؛ وهـذه هى نظرية المظهر الخادع يحمى المخدوع ، أو نظرية الخطأ الشائع يولد الحق [١] .

وتمشياً مع هذه الفكرة ، جاءت المادة ١/٢٤٤ تقضى بأنه : « ١ — إذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسنى النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصورى ، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم » .

فوفقاً لنص المادة ١/٢٤٤ ، يسوغ لبعض الأشخاص ، أن يتمسكوا بالعقد الصورى الذى خدعهم ، بشرط أن يكونوا قد خدعوا به فعلا ، وبعبارة أخرى بشرط أن يكونوا حسنى النية وذلك إلى جانب ما يثبت لهم ، تطبيقاً للقواعد العامة ، من التمسك بالتصرف الحقيقى . وهكذا نصل إلى أنه يوجد هناك بعض أشخاص يكون لهم ، متى كانوا حسنى النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصورى أو بالعقد الحقيقى ، أيهما أوفق لمصلحتهم .

ولكن من هم هؤلاء الأشخاص الذين يسوغ لهم التمسك بأى التصرفين الصورى أو الحقيقى ، أيهما أفضل لهم ؟ هؤلاء ، وفقاً للمادة ٢/٢٤٤ ، هم الآتيون :

---

(١) أنظر فى هذا الموضوع ، نظرية الظهور ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة من زميلنا الدكتور عبد الباسط جميعى .

١ — دائنو كل من المتعاقدين فى التصرف الصورى : فلو أبرم تصرف صورى ، بيع مثلا ، كان لدائنى كل من طرفى هـــذا التصرف ، البائع والمشترى ، فى مثالنا ، أن يتمسكوا بالتصرف الصورى أو الحقيقى ، أيهما لهم أنفع . وواضح هنا أن من مصلحة دائنى البائع التمسك بالتصرف الحقيقى ، والقول بأنه لا يوجد بيع ، حتى يبقى المبيع على ذمة مدينهم ، فيستطيعون التنفيذ عليه . فى حين أن من مصلحة دائنى المشترى التمسك بالتصرف الصورى والقول بوجود البيع ، حتى يعتبروا أن المبيع قد انتقل إلى ذمة مدينهم ، فيستطيعوا التنفيذ عليه .

وأى دائن لأحد المتعاقدين يستطيع ، وفقاً لما تقتضية مصلحته ، أن يتمسك بأى التصرفين الصورى أو الحقيقى . فلا يلزم أن يكون حقه مستحق الأداء ، ولا أن يكون حقه سابقاً فى نشوئه على التصرف الصورى .

٢ — الخلف الخاص لكل من المتعاقدين فى التصرف الصورى : للخلف الخاص لكل من المتعاقدين ، كما لدائنى كل منهما تماما ، أن يتمسك بالتصرف الصورى أو الحقيقى أيهما له أنفع . ويقصد بالخلف الخاص هنا كل من كسب على الشىء موضوع التصرف الصورى حقاً عينياً ، عن غير طريق الميراث أو الوصية بنسبة معينة من التركة ، كالثلث أو الربع . ومثال ذلك أن يبرم بيع صورى ؛ فهنا يسوغ لكل من كسب ، من البائع أو المشترى الصوريين ، حقاً عينياً على الشىء المبيع ، باستثناء الوارث والموصى له بنصيب فى التركة ، كالمشترى والمرتهن ، أن يتمسك بالتصرف الصورى أو الحقيقى أيهما له أنفع . فإذا فرض فى المثال السابق ، أن البيع الصورى أبرم بين (ا) و (ب) ، ثم جاء (ا) وباع الشىء مرة ثانية لـ (حـ) أو رهنه له ، كان (حـ) خلفاً خاصاً لـ (ا) ، ومن ثم كان له أن يتمسك بالتصرف الحقيقى أو الصورى ، أيهما له أنفع ؛ والتصرف الأنفع له هنا هو الحقيقى ، إذ من مصلحته أن يعتبر البيع

المبرم بين (ا) و(ب) غير موجود، حتى تبقى الملكية لـ(ا)، فيتيسر نقلها أو رهنها من (ا) إلى(حـ). وإذا جاء (ب) المشترى الصورى وباع بدوره الشيء إلى (ى) أو رهنه له، كان (ى) خلفاً خاصاً لأحد طرفى البيع الصورى وهو (ب)، وكان له بالتـالى أن يتمسك بالتصرف الحقيقى أو الصورى كما يحلو له؛ ومن مصلحته هنا أن يتمسك بالتصرف الصورى، حتى يخلص منه إلى القول بأن ملكية الشيء قد انتقلت فى البداية من (ا) إلى (ب)، ويصل بذلك إلى القول بأن (ب) قد نقـل إليه الملكية أو رتب له الرهن.

ويسوغ للخلف الخاص لكل من طرفى التصرف الصورى أن يتمسك بالتصرف الصورى الظاهر أو الحقيقى المستور، سواء أكان حقه قد نشأ قبل إبرام ذاك التصرف أم بعد ذلك. فلا أهمية لتاريخ نشوء حق الخلف الخاص. وفى المثالين اللذين سردناهما فيما سبق، كان حق الخلف الخاص تالياً فى نشوئه للتصرف الصورى. وقد ينقلب الوضع، بمعنى أن يكون حق الخلف الخاص هو السابق، دون أن يتغير الحكم. مثال ذلك أن يرهن (ا) عقاره رهناً رسمياً جدياً لـ(ب)، ثم يأتى الراهن (ا) ويبيع العقار المرهون بيعاً صورياً لـ(حـ)؛ هنا يسوغ لـ(ب)، وهو خلف خاص لـ(ا) فى حق سابق على البيع الصورى، أن يتمسك بالتصرف الصورى أو الحقيقى أيهما أنفع؛ والأنفع له هنا أن يتمسك بالتصرف الحقيقى، والقول بأنه لا يوجد بيع، حتى تبقى الملكية للراهن (ا)، فلا تنتقل إلى (حـ)؛ إذ بهذا يدرأ المرتهن (ب) عن نفسه المخاطر التى كان ليتعرض لها لو أن ملكية المرهون قد انتقلت إلى (حـ)، لا سيما حق هذا الأخير فى تطهير العقار من الرهن.

يظهر مما سبق أن الذين يسوغ لهم، وفقاً للمادة ٢٤٤/١، أن يتمسكوا بالتصرف الحقيقى أو الصورى أيها أوفق لمصلحتهم هم الدائنون والخلف

الخاص لكل من طرفى العقد الصورى . على أن خيارهم فى ذلك لا يثبت لهم إلى إذا كانوا حسنى النية ، بمعنى أن يكونوا غير عالمين بالصورية . فإذا كان أحد هؤلاء سيىء النية ، بأن كان على علم بالصورية ، ما ثبت له الخيار السابق ، وسرت بصدده القاعدة العامة التى تقضى بوجوب الاعتداد بالتصرف الحقيقى وحده .

وإذا لزم ، لكى يثبت للدائن أو للخلف الخاص لكل من طرفى العقد الصورى أن يتمسك بالتصرف الحقيقى أو الصورى أيهما له أوفق ، أن يكون حسن النية ، فإنه يلزمنا أن نحدد الوقت الذى يلزم فيه توافر هذا الشرط . ولا صعوبة فى الأمر إذا كان حق الدائن أو الخلف الخاص قد نشأ فى تاريخ لاحق لإبرام العقد الصورى ، كما إذا باع (ا) لـ(ب) أرضه بيعاً صورياً ، ثم باع (ب) الأرض لـ(حـ) ؛ ففى هذه الحالة ، يكفى أن يكون الدائن أو الخلف الخاص حسن النية فى الوقت الذى نشأ فيه حقه ، فلا أهمية لما إذا علم بالصورية بعد ذلك . أما إذا كان حق الدائن أو الخلف الخاص قد نشأ فى تاريخ سابق لإبرام التصرف الصورى ، فإننا نرى وجوب توافر حسن نيته ، فى الوقت الذى يتخذ فيه إجراء معيناً معولا فيه على التصرف الصورى باعتباره حقيقياً .

وكما هى القاعدة العامة ، حسن النية يفترض ؛ وعلى من يدعى أن دائن كل من طرفى التصرف الصورى أو خلفه الخاص سيىء النية ، بمعنى أنه كان يعلم بالصورية ، أن يقيم الدليل على صحة ادعائه .

١٠٨ — يتحصل من كل ما سبق أنه إذا أبرم عقد صورى ، ساغ لدائنى كل من المتعاقدين ولخلفه الخاص أن يتمسكوا بالعقد الصورى أو الحقيقى أيهما أوفق لمصلحتهم ، بشرط أن يكونوا حسنى النية ، أى جاهلين الصورية . ولكن ما الحكم إذا ما تعارض هؤلاء فيما وقع اختيارهم عليه ، بأن تمسك

بعضهم بالعقد الصورى الظاهر ، وبعضهم الآخر بالعقد الحقيقى المستتر ؟

واضح أننا لا نستطيع هنا أن نتمشى مع الرغبتين كليهما ، فلا بد من تضحية إحداهما فى سبيل الأخرى . ولكن لم تثبت الأفضلية هنا ، هل تثبت لمن يتمسك بالعقد الحقيقى ، أم لمن يتمسك بالعقد الصورى ؟ لو أخذنا بحكم القواعد العامة ، لوجب أن نفضل المتمسك بالعقد الحقيقى ، لأنه هو العقد الذى انصرفت إليه فعلا نية عاقديه . ولكن المشرع آثر هنا أن يخالف القواعد العامة وأن يتمشى مع نظرية المظهر الخادع يحمي المخدوع ، فقرر أفضلية من يتمسك بالعقد الظاهر أو الصورى . وفى هذا تقضى المادة ٢/٢٤٤ بأنه : « ٢ — وإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين » .

١٠٩ — ثالثا — أثر الصورية بالنسبة إلى الأشخاص الآخرين

تبينا فيما سبق أثر الصورية بالنسبة إلى طرفى العقد الصورى وورثتهما من ناحية ، ثم أثرها بالنسبة إلى دائنيهم وخلفهم الخاص من ناحية أخرى ، ورأينا أن أثر الصورية ، بالنسبة إلى الطائفة الأولى ، يتركز فى وجوب إعمال التصرف الحقيقى المستور دون الاعتداد بالتصرف الصورى الظاهر ، فى حين أن أثرها ، بالنسبة إلى الطائفة الثانية ، يتركز فى ثبوت الخيار لها فى التمسك بالتصرف الصورى أو الحقيقى أيهما تراه أصلح ، بشرط حسن النية .

ويلاحظ أن الأشخاص السابقين هم وحدهم الذين ذكرهم القانون وأفصح عن أثر الصورية بالنسبة إليهم . ولكن ما الحكم بالنسبة إلى غيرهم ؟ ما أثر الصورية التى يلجأ إليها شخصان فى حق آخر لا يدخل لا فى طائفة المتعاقدين وورثتهم ، ولا فى طائفة دائنى هؤلاء وخلفهم الخاص ؟

ثار هذا التساؤل ، على وجه الخصوص ، بالنسبة إلى الشفيع فى بيع صورى ، أى الشخص الذى يريد أن يأخذ العقار المبيع بيعاً صوريا بالشفعة

فإذا بيع عقار بيعا صورياً ، فهل يجوز للجار ، مثلا أن يأخذه بالشفعة ؟

مفتاح هذه المسألة البالغة الأهمية هو فى تبين أثر صورية البيع بالنسبة للشفيع ، هل يأخذ بالنسبة إليه بالحكم الذى تمليه القواعد العامة ، وهو الاعتداد بالتصرف الحقيقى وحده دون التصرف الصورى ؛ أو يأخذ ، بالنسبة إليه ، بالحكم الذى قرره القانون فى شأن الدائنين والخلف الخاص ، وهو أنه يسوغ التمسك بالتصرف الحقيقى أو الصورى أيهما أوفق . وواضح ما يترتب على الأخذ بهذا الحكم أو بذاك من أهمية بالغة . فإن أخذنا بالحكم الأول ، وجب القول بأنه لا يوجد بيع ، ومن ثم كانت الشفعة على غير أساس . وإن أخذنا بالحكم الثانى ، لكان من مصلحة الشفيع أن يتمسك بالعقد الصورى والقول بوجود البيع ؛ الأمر الذى يجعل شفعته على أساس .

وقد أطردت محكمة النقض ، فى عديد من أحكامها ، على اتباع الحكم الأول ، وخلصت منه إلى القول بثبوت الحق فى أخذ العقار المبيع بيعاً صورياً بالشفعة ، حتى لو كان البائع والمشترى الصوريان لم يبرما فى الحقيقة أى تصرف (صورية مطلقة) ، أو كانا قد أبرما تصرفا لا تجوز الشفعة فيه بالمرة (صورية نسبية) . والحجة التى استندت إليها محكمة النقض هى أن « الشفيع .. من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين — البائع والمشترى — فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون المستتر ، ومن ثم لا يجوز أن يحاج بالعقد المستور ، إلا إذا كان هذا العقد مسجلا ، أو كان هو عالماً بصورية العقد الظاهر أو بوجود ورقة ضد »[1] . وقد لقى هذا الرأى قبولا لدى الكثير من الشراح المصريين[2] .

---

(١) نقض ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ ، مجموعة أحكام النقض س ٣ ص ١٠٦٣ . وأنظر أيضاً نقض ٢٥ مارس ١٩٥٤ ، مجموعة النقض س ٥ ص ٦٣٥ .

(٢) أنظر : محمد على عرفه ، حق الملكية ج ٢ نبذة ٢٥٨ — عبد المنعم البدراوى ، الحقوق العينية الأصلية ، نبذة ٥٢٩ — سليمان مرقس ، أحكام الالتزام نبذة ١٨٥ — اسماعيل غانم ، نبذة ١١٤ .

والرأى عندنا أن الصواب قد جانب محكمتنا العليا فيما ذهبت إليه ، كما جانب من تشيع لرأيها من الفقهاء . فالشفيع لا يدخل فى طائفة الأشخاص الذين يسوغ لهم التمسك بالتصرف الحقيقى أو الصورى أيهما أوفق لهم ، بل لا يعتد بالنسبة إليه إلا بالتصرف الأول . ولعل محور الخطأ فيما ذهبت إليه المحكمة العليا هو أنها نظرت فى الأمر ببساطة أكثر مما يجب . فقد اكتفت بالتفرقة بين طائفتين من الأشخاص ، هما طائفة المتعاقدين وخلفهما العام وطائفة الغير ، مقررة أنه لا يعتد ، بالنسبة إلى الطائفة الأولى ، إلا بالتصرف الحقيقى دون الصورى ، فى حين أن يكون للطائفة الثانية أن تعتد بأى التصرفين تراه . وهذه التفرقة ليست دقيقة ، فى ظل قانوننا الحالى[1] . فإن كان من الحق أن القانون حدد أثر الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين وخلفهما العام بتقرير نفاذ التصرف الحقيقى وحده فى حقهم ، فهو لم يقرر أبداً أنه يجوز لغير هؤلاء أن يتمسك بأى من المتصرفين الصورى أو الحقيقى أيهما لهم أنفع ؛ بل إنه قصر هذا الأثر على طائفتين من الغير حددهما بالذات ؛ وهما طائفة دائنى المتعاقدين وطائفة الخلف الخاص لكل منهما (المادة ١/٢٤٤) .

فلا يسوغ القول بأن للشفيع أن يتمسك بالعقد الصورى لمجرد اعتباره (من الغير)[2] ، فهذا الحق لا يثبت لكل غير ، وإنما يثبت فقط لبعض محدد

(١) وربما كان لهذه التفرقة مايبررها تحت ظل القانون الفرنسى ، حيث نجد المادة ١٣٢١ منه تقرر تقابلا ظاهراً بين طرفى العقد الصورى وغيرهما من الأشخاص ؛ حيث جاءت تقول : « لاترتب أوراق الضد أثراً إلا بالنسبة لطرفيها المتعاقدين عليها ؛ فليس لها أدنى أثر بالنسبة إلى الغير » . وربما يكون لهذه التفرقة أيضاً ما يبررها تحت ظل قانوننا القديم ، حيث لم يكن يوجد فيه نص يحكم الصورية . أما فى قانوننا الحالى ، فالوضع يتغير بالضرورة ، بسبب أن المادة ١/٢٤٤ منه تحدد الغير الذين يسوغ لهم التمسك بالتصرف الظاهر أو الصورى ، بدائنى كل من المتعاقدين وخلفه الخاص .

(٢) وقد وصل إلى هذا الرأى من قبلنا أستاذنا عبد الرازق السنهورى ، الوسيط ج ٢ نبذة ٦٢١ .

من الغير ، ونعني به دائني كل من طرفي العقد الصوري وخلفهما الخاص . والشفيع لا يعتبر دائناً لا للبائع ولا للمشتري كما أنه لا يعتبر خلفاً خاصاً لأحدهما ، لأنه ليس له أي حق على العقار ، مادامت الشفعة لم تثبت بعد(١).

خلاصة ما سبق أنه ليس من الصواب ، في رأينا أن نقول إن كل غير يسوغ له أن يتمسك بالتصرف الحقيقي أو الصوري أيهما له أنفع . فغير المتعاقدين ينقسمون بالنسبة إلى الصورية نوعين : (الأول) يشمل طائفة دائني كل من المتعاقدين وخلفهما الخاص ؛ وهذا النوع يسوغ له التمسك بأي التصرفين يراه، وفقاً لصريح نص المادة ١/٢٤٤ . (الثاني) يشمل الأشخاص الآخرين غير ما سبق ذكرهم ، كالشفيع . ولم يصرح القانون بأثر الصورية بالنسبة إليهم . ونرى وجوب الاعتداد في مواجهتهم بالتصرف الحقيقي وحده ، تطبيقاً للقاعدة العامة ، وذلك دون إخلال بحقهم في الرجوع بالتعويض عن الأضرار التي تنالهم بسبب تعويلهم على التصرف الصوري ، وفقاً للقواعد العامة في المسئولية عن العمل غير المشروع .

١١٠ — إثبات الصورية

إذا كان من مصلحة صاحب الشأن أن يتمسك بالعقد الحقيقي دون العقد الظاهر ، وسواء أكان العقد الأول هو الذي يسري وحده بالنسبة إليه ، أم أكان له أن يختار بين العقدين ، وفضل الأول على الثاني ؛ في هذه الحالة تبرز مسألة إثبات الصورية .

ويخضع إثبات الصورية للقواعد العامة بالنسبة إلى من يقع عليه عبء إقامته والأدلة المقبولة فيه على السواء . فعبء إقامة الدليل على الصورية يقع على مدعيها ، إذ البينة على من ادعى . وكذلك تسري القواعد العامة بالنسبة

(١) راجع في هذا الموضوع مؤلفنا ، دروس الأموال ، نبذة ٢٣٧ .

إلى الأدلة التي يسوغ قبولها في إثبات الصورية . على أن هذه القواعد العامة تقتضي التفرقة بين ما إذا كان مدعي الصوريه هو أحد طرفيها أو خلفه العام ، وبين ما إذا كان من الغير .

فبالنسبة إلى طرفي العقد الصوري وخلفهما العام : تستلزم، كقاعدة عامة ، الكتابة في إثبات الصورية ، إذا زادت قيمة التصرف على عشرة جنيهات ، أو إذا كان التصرف الصوري ثابتاً في محرر ، حتى لو لم تتجاوز قيمته عشرة جنيهات ، تطبيقاً للقاعدة التي تقضي بأنه لا يسوغ إثبات ما يخالف ما ورد بالكتابة إلا بالكتابة (المادة ١٤٠١) . ويستثنى من هذا الحكم الصورية التدليسية ، أي تلك التي يقصد بها التحايل على القانون ، بإخفاء أمر يحظره في صورة أمر يبيحه ، هرباً من سطوته ، إذ يجوز هنا لكل من يقع التحايل على القانون إضراراً به ، حتى لو كان أحد طرفي العقد الصوري أو ورثتهما ، أن يثبت الصورية بكافة أدلة الاثبات ، بما فيها البينة والقرائن ، بالغة ما بلغت قيمه التصرف الصوري . ومثال الصورة التدليسية تلك التي تخفي الربا ، كما إذا اقترض شخص من آخر مائة جنيه ، واتفق معه على فوائد للقرض قدرها عشرون جنيهاً في العام الواحد ، وذكر في العقد أن أصل القرض هو ١٢٠ جنيه يدفعه المقترض بعد عام . ومثالها أيضاً تلك التي تخفي السبب غير المشروع للالتزام ، كما إذا وهب شخص لخليلته مالا له ، لكي يحظى باستمرار معاشرتها إياه ، وصور العقد في الظاهر على أنه بيع تم فيه قبض الثمن .

أما بالنسبة إلى الغير ، ونقصد بهم هنا كل شخص آخر غير طرفي العقد الصوري وخلفهما العام ، كدائني المتعاقدين وخلفهما الخاص وأي شخص أجنبي آخر ، فتعتبر الصورية مجرد واقعة قانونية ، لكونهم لم يشتركوا فيها . ولذلك يسوغ لهم أن يقيموا الدليل عليها بأي دليل من أدلة الإثبات ، دون اعتبار لقيمة التصرف .

١١١ — دعوى الصورية كوسيلة لحماية حقوق الدائنين :

تناولنا فيما سبق الصورية فى إطارها العام ، فوضحنا المقصود منها وشروط توافرها وآثارها . ولكى تعم الفائدة ، يحسن بنا ، ونحن فى مجال عرض الوسائل التى تكفل للدائنين استيفاء حقوقهم ، أن نبين كيف تتخذ دعوى الصورية وسيلة لحماية هؤلاء وتمكينهم من اقتضاء ديونهم .

فدعوى الصورية ، كالدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ، قد تتخذ وسيلة يكفل بها الدائن استيفاء حقه . ويحصل ذلك إذا ما ظهر المدين بمظهر من يجرى تصرفاً معيناً من شأنه ، لو وقع حقيقة ، أن يضر بالدائن ، كما إذا باع المدين ماله بيعاً صورياً ، أو عقد قرضاً صورياً . فى هذه الحالة ، تحمى دعوى الصورية الدائن ، عن طريق تمكينه من مهاجمة التصرف الصورى ، لكى يثبت كذبه ويرفع القناع عن الحقيقة التى قصد به سترها . وبفضلها يستطيع الدائن ، فى مثالينا السابقين ، أن يصل إلى الحكم بأن البيع أو القرض لم يقع فى الحقيقة ، وأن المبيع لا زال بالتالى موجوداً على ذمة المدين ، الأمر الذى يخول الدائن التنفيذ عليه ، أو أن القرض لم يحصل فى الحقيقة ، الأمر الذى يؤدى إلى استبعاد المقرض المزعوم من مزاحمة الدائنين الحقيقيين فى استيفائهم حقوقهم من أموال المدين .

ولا يلزم ، لكى يستطيع الدائن حماية حقه بدعوى الصورية ، أكثر من أن يكون دائناً . فلا يشترط فيه بعد ذلك أى شرط خاص . فلا يلزم ، بخلاف الدعوى البولصية ، أن يكون حقه مستحق الأداء ، ولا أن يكون حقه سابقاً فى نشوئه على التصرف الذى يهاجمه ، بل لا يلزم أى شرط خاص لمباشرة الدعوى ذاتها . فلا يلزم لذلك أن يكون المدين معسراً ، على خلاف ما رأيناه بالنسبة إلى الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية . ولا يلزم أن يحصل التصرف الصورى إضراراً بالدائن ، بخلاف ما يتطلبه القانون للطعن فى المعاوضات بالدعوى البولصية .

هكذا تبين سهولة التجاء الدائن إلى دعوى الصورية . فمباشرته تلك الدعوى أسهل بكثير من مباشرته الدعوى البولصية التى يقيدها القانون بشروط عدة . بل إن مباشرة الدائن دعوانا أسهل حتى من مباشرته الدعوى غير المباشرة ، على سهولة هذه الأخيرة .

والسبب فى سهولة مباشرة دعوى الصورية ترجع إلى أن مباشرها لا يستهدف بها أكثر من تقرير الحقيقة ، وإثبات كذب التصرف الصورى الذى قصد به خديعة الناس .

وإذا رفع أحد الدائنين دعوى الصورية ، مهاجماً بها تصرفا صورياً أجراه المدين ، ونجحت تلك الدعوى ، بأن حكم القاضى بصورية التصرف المطعون فيه ، فإن الدائن لا يستأثر بثمرة الدعوى ، بل يعم نفعها على غيره من دائنى المدين . فكل ما للحكم بصورية التصرف من أثر لا يتجاوز تقرير كذبه . فإن كان التصرف المطعون فيه هو بيع صورى صورية مطلقة مثلا ، اقتصر أثر الحكم بصوريته على اعتبار أن البيع لم يقع أصلا ، وأن المبيع المزعوم لازال بالتالى على ملك المدين . وما دام هو كذلك ، فإن يدخل فى الضمان العام المقرر لجميع الدائنين ، وليس لمن كسب الدعوى وحده .

وهكذا نخلص إلى أن ثمرة دعوى الصورية لا تقتصر على الدائن الذى رفعها ، بل يفيد منها معه جميع دائنى المدين الآخرين ، وعلى قدم المساواة معه ، ما لم يكن له سبب من أسباب التقدم التى يقررها القانون . وفى هذا تتشابه دعوانا مع الدعوى غير المباشرة ، وتختلف بعض الشىء عن الدعوى البولصية ،التى وإن لم تقتصر فائدتها على رافعها ، إلا أن تلك الفائدة لا تعم على جميع دائنى المدين ، بل تقف عند من كان يسوغ لهم مباشرة تلك الدعوى منهم .

٤ — شهر الإعسار

١١٢ — تكلمنا فيما سبق فى الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية . وهى وسائل أساسية يستطيع بها الدائن أن يدرأ عن نفسه ، فى الكثير من الحالات ، ضرر ما يجريه المدين من تصرفات .

بين أن هذه الدعاوى ، على أهميتها وكبير نفعها ، لا تحمى الدائن من كل ضرر . فالدعوى البولصية ، مثلا ، وهى أقوى تلك الدعاوى وأبعدها أثراً وأكثرها نفعاً للدائن، لاتحمى هذا الأخير ، إذا كان تصرف المدين معاوضة، إلا إذا ثبت الغش على المدين وكان المتصرف له على علم بغشه هذا . وهكذا يكفى لكى يقع تصرف المدين بمنأى عن الدعوى البولصية ، أن يجريه وهو حسن النية أى حالة كونه غير عالم بإعساره ، أو أن يكون المتصرف إليه حسن النية ، أى غير عالم بإعسار المدين ؛ مع ملاحظة أن عبء إثبات الغش يقع على الدائن ؛ وهو عبء ثقيل ، كثيراً ما يفشل فى أدائه .

من أجل ذلك ، لم يكتف القانون التجارى ، منذ صدوره ، بالدعاوى السابقة . فعمد إلى تقرير نظام آخر يصل إلى حماية الدائنين بطريقة أجدى وأنفع ؛ وهذا هو نظام الإفلاس . ويقوم هذا النظام على أسس ثلاثة : (١) رفع يد المدين عن إدارة أمواله ، وقيام شخص آخر ، يسمى السنديك ، بهذه الإدارة نيابة عنه وعن دائنيه . (٢) غل يد المدين عن التصرف فى أمواله . فكل تصرف يجريه المدين المفلس لا يسرى فى حق دائنيه ، حتى لو صدر مجرداً عن كل غش . (٣) منع الدائنين من اتخاذ الإجراءات الفردية لاستيفاء ديونهم ، والالتجاء إلى تصفية أموال المدين تصفية جماعية ثم توزيع حاصلها على الدائنين كل بنسبة دينه . ويقوم بهذه التصفية الجماعية السنديك نيابة عن مجموع الدائنين .

ولم يشأ قانوننا المدنى القديم أن يضفى على الدائنين العاديين من سبل

الحماية أكثر من منحهم الدعاوى الثلاث التى بيناها . فهو لم يلجأ إلى تقرير نظام يشبه الإفلاس يطبق على المدين غير التاجر ، وبعبارة أخرى ، لم يلجأ إلى تنظيم شهر إعسار المدين ، ناحيا فى ذلك منحى القانون الفرنسى . وترتب على ذلك أن تعرض الدائنون للمدين غير التاجر لأضرار جمة ، كانت تقعد الدعاوى الثلاث السابقة ، وعلى رأسها الدعوى البولصية ، عن درئها .

ولتفادى هذا القصور التى عمت منه الشكوى ، جاء قانوننا المدنى الجديد منظما حالة إعسار المدين غير التاجر ، على نحو يوفق بين المصالح المتضاربة للمدين وللدائنين . وإذا لم يصل الإعسار المدنى ، فى سبيل الحماية التى يضفيها على الدائنين ، مبلغ ما وصل إليه فى هذا الصدد نظام الإفلاس ، فليس ذلك سبباً للتهوين من شأنه أو الحط من قدره . بل إن ذلك مقصود ومرغوب فيه . فما لا شك فيه أن مقتضيات الائتمان التجارى أشد إلحاحا وعنفاً من مقتضيات الائتمان المدنى . فالتجارة تقوم أساساً على الائتمان . الأمر الذى سوغ أخذ التاجر الذى يتوقف عن دفع ديونه بمنتهى الحزم والشدة ، فترفع يده عن إدارة أمواله ، وتصفى تلك الأموال تصفية جماعية ، فضلا عن غل يد المدين عن التصرف فيها . أما الائتمان المدنى ، فليس فى حاجة إلى كل هذا العنف . ولذلك لم يكن هناك ضرورة لأن يقوم الإعسار على رفع يد المدين عن إدارة أمواله ، ولا على إجراء تصفية جماعية لأمواله . وهكذا لم يبق من الأسس التى يقوم عليها نظام الإفلاس إلا ذاك الذى يتضمن غل يد المدين عن التصرف فى أمواله . وقد استمد نظام الإعسار منـــه هذا الأساس ، فأصبح دعامته الأولى ومعقل القوة فيه .

١١٣ — الإعسار القانونى والإعسار الواقعى

وبتنظيم القانون للإعسار ، أصبح هنـاك نوعان متميزان منـه ، وهى الإعسار القانونى والاعسار الفعلى أو الواقعى .

فالإعسار القانونى هو الذى يتولى القانون تنظيمه. وهو يتميز ، كما سيجىء بعد قليل ، بأنه لا يكون إلا بمقتضى حكم يصدر فى دعوى ، وبأن القانون يكفل له سبل إشهاره للناس ، عن طريق قيده فى سجلات خاصة . ثم يتميز الإعسار القانونى أيضاً بأنه يلزم ، للحكم به ، أن تزيد ديون المدين الحالة عن أمواله . فلا يدخل فى تقديره ديون المدين التى لم يحل أجلها بعد .

أما الإعسار الواقعى ، فهو ، كما يدل عليه اسمه ، مجرد حالة واقعية تزيد فيها ديون المدين جميعها ، ما حل منها وما لم يحل بعد ، على أمواله ، دون أن يكون هناك حكم يقضى به .

ويلاحظ أن النصوص القانونية ، التى تستلزم الإعسار لترتيب آثار معينة ، تختلف . فبعضها يتطلب الإعسار القانونى . وبعضها الآخر يقنع بالإعسار الواقعى . ومن النصوص التى تتطلب الإعسار القانونى ، المادتان ٢٥٥/١ و ٢٧٣ ، اللتان تستلزمان الإعسار القانونى لسقوط أجل الديون التى فى ذمة المدين ، والمادة ٢٥٦/٢ التى تقضى بعدم سريان حق الاختصاص على الدائنين السابقة حقوقهم على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، والمادة ٢٥٧ التى تقضى بأن التصرفات الصادرة من المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى إعساره لا تسرى فى حق دائنيه .

أما الأنظمة التى تكتفى بالإعسار الواقعى ، فنسوق منها الدعوى البولصية (راجع المادة ٢٣٩) ، والدعوى غير المباشرة .

ويلاحظ أن الإعسار القانونى يفيد أن المدين المعسر مستغرق بالديون بدرجة لا تقل إن لم تكن أشد مما عليه الحال فى الإعسار الواقعى . ولذلك فكل نظام يتطلب الإعسار الواقعى ، يكفى فيه ، من باب أولى ، الإعسار القانونى . أما العكس فغير صحيح إطلاقاً .

١١٤ — منهاج البحث :

أعطينا فيما سبق فكرة عامة عن الإعسار . ونتناول هنا ، بشيء من التفصيل ، الإعسار القانونى ؛ أى ذاك الذى يصدر حكم بشهره . ونبدأ بشروط الإعسار القانونى وإجراءاته ، ثم نعقب بآثاره ، ونختم بانتهائه .

١١٥ — شروط شهر الإعسار :

يلزم ، لقيام الإعسار القانونى ؛ وبعبارة أخرى ، يلزم لشهر الإعسار ، توافر الشرطين الآتيين :

١ — يلزم أن تقل أموال المدين عن ديونه المستحقه الأداء ، أى تلك التى حل أجل الوفاء بها (المادة ٢٤٩) . فلا يدخل فى التقدير الديون التى لم يحل أجل الوفاء بها بعد . فإن كانت ديون المدين فى مجموعها ، الحال منها وغير الحال ، تزيد على حقوقه ، ولكن الحال منها وحده لا يزيد على تلك الحقوق ؛ فإن ذلك لا يكفى لشهر . وفى هذا خلاف جوهرى بين الإعسار القانونى والإعسار الواقعى ، حيث يعتد فى هذا الأخير بديون المدين جميعها ، ماحل منها وما لم يحل بعد .

٢ — لايكفى ، لقيام الإعسار القانونى ، أن تقل أموال المدين عن ديونه المستحقة الأداء . بل يلزم لذلك أن يصدر حكم بشهره . وفى هذا يتشابه الإعسار القانونى مع الإفلاس ، ويختلف عن الإعسار الفعلى . ويصدر الحكم بشهر الإعسار[1] فى دعوى[2] ترفع إلى المحكمة الابتدائية الكائن بها موطن المدين . ولا يجوز الحكم بشهر الإعسار ، إلا بناء على طلب المدين نفسه

---

(١) مدة المعارضة فى الأحكام الصادرة فى شأن الإعسار ثمانية أيام ، ومدة استئنافها خمسة عشر يوما ، تبدأ من تاريخ إعلان تلك الأحكام (المادة ٢١٢) .

(٢) وتنظر هذه الدعوى على وجه السرعه (المادة ٢١٠) .

أو طلب أحد دائنيه[1]. فلا يسوغ للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها.

وتتمتع المحكمة ، فى صدد الحكم بشهر الإعسار ، بسلطة تقديرية رحبة الحدود ، فهى ليست ملزمة بأن تقضى به ، إذا تحققت أن أموال المدين لا تكفى للوفاء بديونه المستحقة الأداء ، وإنما الأمر جوازى لها . بل إن على المحكمة ، وفقا لما تقتضيه المادة ٢٥١ ، أن تراعى ، قبل الحكم بشهر الإعسار ، جميع الظروف التى تحيط بالمدين ، العامة منها والخاصة على السواء . فهى تنظر فى الأسباب التى أدت إلى ارتباك حالته ، ويمتنع عليها أن تحكم بشهر إعساره ، إذا ما تبينت أملا فى إقالته من عثرته . فإذا ظهر للمحكمة ، مثلا ، أن ارتباك حالة المدين يرجع إلى أزمة اقتصادية لن تلبث أن تزول ، أو أن للمدين موارد محتملة (كميراث أو وصية يؤمل فيهما) ، يرتجى منها أن يتحسن مركزه ، أو أن له من القدرة والكفاية الشخصية ما يجعل منتظراً له التوفيق فى مستقبله ، فى كل هذه الحالات وما يشابهها ، يمتنع على المحكمة أن تقضى بشهر الإعسار ، برغم تحققها من زيادة ديون المدين الحالة على حقوقه .

١١٦ — تسجيل شهر الإعسار

يستلزم المشرع اتخاذ بعض إجراءات تستهدف إحاطة شهر إعسار المدين بقدر من العلانية . والغاية من تقرير تلك العلانية هى حماية الدائنين ، من ناحية وحماية الغير الذين يتعاملون مع المدين ، من ناحية أخرى .

---

(١) ولا يلزم فى الدائن ، الذى يطلب شهر إعسار مدينه ، أن يكون حقه مستحق الأداء . بل إن له أن يطلبه ، حتى لو كان دينه مقترناً بأجل لما يحل . وإنما عليه هنا أن يثبت أن أموال مدينه لا تكفى للوفاء بديونه المستحقة الأداء . وشهر إعسار المدين يفيد ، على وجه الخصوص الدائن الذى لم يحل أجل دينه بعد . إذ أنه يترتب على شهر الإعسار سقوط الأجل ، كما سنبينه فى المتن بعد قليل .

فالإعسار لا يقوم، كما سبق لنا القول ، على إجراء تصفية جماعية لأموال المدين . بل يبقى لكل دائن أن يتخذ الإجراءات الفردية التي تقتضيها ظروفه. ولما كان شهر إعسار المدين يعني ارتباك حالته المالية وعدم كفاية أمواله للوفاء بديونه ، فإن البدار من الدائنين في اتخاذ إجراءات التنفيذ على تلك الأموال يقع من الأهمية بمكان . فمن يتأخر منهم في اتخاذها يتعرض لعدم استيفاء دينه . من أجل ذلك ، أراد القانون أن يتيح للدائنين جميعا فرصة العلم بشهر الإعسار .

ومن ناحية أخرى ، يؤثر شهر الإعسار في حقوق الغير الذين يتعاملون مع المدين . إذ أن تصرفات المدين التالية لتاريخ تسجيل عريضة دعوى الإعسار لا تنفذ في مواجهة دائنيه ، إذا كان من شأنها أن تضرهم (المادة ٢٥٧) . ومن ثم لزم أن نتيح للغير فرصة العلم بشهر الإعسار .

وتتم علانية شهر الإعسار عن طريق تسجيل عريضة الدعوى التي ترفع، ثم التأشير بالحكم الصادر في هذه الدعوى على هامش تسجيلها . ويتم تسجيل شهر الإعسار على النحو السابق إدارياً ، من تلقاء نفس كاتب المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم بشهر الإعسار . وهو يتم في سجلين يقع أولهما في قلم كتاب المحكمة الابتدائية التي أشهرت الإعسار . ويقع الثاني في قلم كتاب محكمة مصر ،وهو سجل عام يشمل أسماء جميع المعسرين في إقليم مصر (راجع المادة ٢٥٣) . وإذا تغير موطن المدين ، لزم تسجيل إعساره في قلم كتاب محكمة موطنه الجديد ، فضلا عن تسجيله في قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم وفي قلم كتاب محكمة مصر (أنظر المادة ٢٥٤) .

١١٧ — آثار شهر الإعسار :

تترتب على شهر الإعسار آثار بالغة الأهمية ، وهذه الآثار هي الآتية :

١ — سقوط آجال الديون : فإذا كان على المدين ديون مؤجلة ، ترتب

على شهر إعساره ، كقاعدة عامة ، سقوط آجالها ، فتصبح بذلك مستحقة الأداء حالا . وفى ذلك تقضى المادة ٢٥٥ بأنه : «١ — يترتب على الحكم بشهر الإعسار أن يحل كل ما فى ذمة المدين من ديون مؤجلة . ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الأجل .
٢ — ومع ذلك يجوز للقاضى أن يحكم ، بناء على طلب المدين وفى مواجهة ذوى الشأن من دائنيه ، بإبقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة . كما يجوز له أن يمنح المدين أجلا بالنسبة إلى الديون الحالة ، إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف ، وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً .

فالأصل أنه إذا أشهر إعسار المدين ، ترتب على إعساره سقوط آجال ديونه المؤجلة . ولم يكتف المشرع بالنص على هذا الحكم فى المادة ٢٥٥ فى الفصل الخاص بالإعسار ، وإنما عاد ونص عليه مرة ثانية فى المكان المخصص للأجل ، حيث جاءت المادة ٢٧٣ تقضى بأنه : «يسقط حق المدين فى الأجل :
١ — إذا أشهر إفلاسه أو إعساره وفقا لنصوص القانون ...» .

والغاية من سقوط الأجل ، نتيجة شهر الإعسار ، هى إتاحة الفرصه لأصحاب الديون المؤجلة فى أن يشتركوا مع أصحاب الديون الحالة فى التنفيذ على أموال المدين ، وبذلك يصلون إلى التساوى معهم فى استيفاء حقوقهم . فالفرض أن المدين مستغرق بالديون ، وأن أمواله لا تكفى للوفاء بديونه . وحلول أجل الدين شرط لإمكان التنفيذ بمقتضاه على أمواله . فلو ترك الأمر للقواعد العامة ، لتعذر على صاحب الحق المؤجل أن يشترك مع غيره من الدائنين فى التنفيذ على أموال المدين ؛ وبهذا يغلب أن تضيع الفرصة عليه فى استيفاء دينه . ولا شك أن هذا الحكم يتنافى مع العدالة ومع مبدأ المساواة بين الدائنين . ومن أجل تفادى ذلك ، قرر القانون سقوط أجل الديون المؤجلة ، حتى يستطيع أصحابها أن يشتركوا فى التنفيذ على أموال المدين

مع غيرهم من أصحاب الديون الحالة . وبهذا يسود مبدأ المساواة بين الدائنين إلى حد كبير .

على أن سقوط آجال الديون المؤجلة ، نتيجة شهر إعسار المدين، لا يحصل بغير مقابل . فالدين المؤجل لا يتساوى فى قيمته الاقتصادية مع الدين الحال. فإن أصبح حالا ،وجب أن ينتقص منه مقابل الأجل . وقد قدر المشرع هذا المقابل بالفائدة قانونية كانت أم اتفاقية ، على حسب الأحوال . وهكذا يترتب على سقوط آجال الديون المؤجلة أن يخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الأجل (المادة ١/٢٥٥) . فإن كانت هناك فوائد اتفاقية محددة بسعر معين ، وليكن ٧٪ مثلا ، وكان الدين ١٠٠ جنيه يستحق بعد عام ، ترتب على سقوط الأجل ، أن يحط من أصل الدين مقدار يتساوى مع الفوائد التى كانت تستحق عن عام ، أى ٧ جنيهات ؛ وبهذا يصير المستحق على المدين ٩٣ جنيهاً . أما إذا لم تكن هناك فوائد اتفاقية ، خصم من الدين مقدار يتساوى مع الفوائد القانونية وسعرها ، كما نعلم ، ٤ ٪ فى المسائل المدنية ؛ وبهذا يصبح الدين ، فى مثالنا السابق ، ٩٦ جنيهاً .

وإذا كان من شأن شهر إعسار المدين أن يرتب سقوط آجال ديونه المؤجلة ، فإن هذا الأثر ليس حتمياً ؛ إذ أنه وفقا لما تقضى به المادة ٢/٢٥٥ ، « . . يجوز للقاضى أن يحكم ، بناء على طلب المدين وفى مواجهة ذوى الشأن من دائنيه ، بإبقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة . كما يجوز له أن يمنح المدين أجلا بالنسبة إلى الديون الحالة ، إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف ، وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً » .

فللقاضى أن يحكم بإبقاء آجال الديون المؤجلة أو حتى مدها إلى الوقت الذى يراه . وله كذلك أن يمنح المدين أجلا بالنسبة إلى الديون الحالة . وإنما

يلزم ، لثبوت تلك الرخصة للقاضي ، توافر الشروط الآتية : (١) أن يطلب المدين نفسه إبقاء الأجل أو مده أو منحه أجلا للوفاء بدينه الذى حل . فليس للقاضى أن يحكم بذلك من تلقاء نفسه (٢) أن ينظر القاضي فى طلب المدين فى مواجهة ذوى الشأن من دائنيه ، حتى تتاح لهؤلاء فرصة الدفاع عن مصالحهم. (٣) أن تكون هناك ظروف تبرر الإجراء المطلوب ، كما إذا كان هناك أمل قوى فى تحسن حالة المدين ، وكما إذا كان الأجل الممنوح يتيح للمدين فرصة تصفية أمواله فى ظروف أفضل . (٤) يجب ألا يكون فى الإبقاء على الأجل أو مده أو منحه تضحية بالدائن لحساب غيره من الدائنين ؛ فلا يسوغ، مثلا ، الإبقاء على آجال بعض الديون ، إذا كانت هناك ديون أخرى قد حلت آجالها أو سقطت ، ويوشك أصحابها أن ينفردوا بالتنفيذ على أموال المدين، دون أصحاب الديون الأولى ؛ ففى مثل هذه الحالة يسوغ للقاضى أن يمد آجال كل الديون ، أو يتركها كلها حالة الأداء .

ويلاحظ ما فى الرخصة الثابتة للقاضى فى الإبقاء على آجال الديون المؤجلة أو مدها أو فى منح آجال للديون الحالة ، يلاحظ ما فى هذه الرخصة من فائدة كبرى للمدين . وهذه الفائدة قد تدفعه إلى طلب الحكم بإشهار إعسار نفسه . الأمر الذى أجازه له القانون ، كما بينا .

٣ — عدم نفاذ حقوق الاختصاص التى تتقرر على عقارات المدين بعد تسجيل دعوى إعساره فى مواجهة الدائنين ذوى الحقوق السابقة على هذا التسجيل : فشهر إعسار المدين، وإن كان لا يحول، كأصل عام ، دون أن يتخذ الدائنون الإجراءات الفردية ضد مدينهم ، إلا أنه يترتب عليه حماية الدائنين السابقين عليه ، بعضهم من البعض الآخر ، عن طريق منع حق الاختصاص من أن يكون سبباً لتقدم الآخرين على حساب الأولين . وفى ذلك تقضى المادة ٢٥٦ بأنه : « ١ — لا يحول شهر الاعسار دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين . ٢ — على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون

لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل ».

فالقانون يريد ضمان المساواة بين الدائنين السابقة حقوقهم على الإعسار. فحرم أن يحتج بعضهم على البعض الآخر بحقوق الاختصاص التى تقيد بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، حتى لو كانت قد أخذت قبل ذلك؛ وهذا طالما بقيت حالة الاعسار قائمة.

ولـكن ليس معنى ذلك أن حق الاختصاص الذى يتقرر على عقارات المدين بعد تسجيل دعوى إعساره يكون مجرداً من كل فائدة، فهو، من ناحية، يسرى فى مواجهة الدائنين ذوى الحقوق الناشئة بعد تسجيل دعوى الإعسار. وهو من، ناحية أخرى، يسرى حتى فى مواجهة الدائنين الذين نشأت حقوقهم قبل تسجيل دعوى الإعسار، ولـكنهم فشلوا فى إثبات هذا السبق قانوناً، لنشوء حقوقهم من تصرف غير ثابت التاريخ. إذ العبرة هنا بالنسبة إلى الديون الناشئة عن تصرف قانونى، بالتاريخ الثابت لهذا التصرف. ومن ناحية ثالثة، يعود لحق الاختصاص كامل حجيته، حتى فى مواجهة الدائنين ذوى الحقوق السابقة على تسجيل دعوى الإعسار، إذا ما انتهت حالة الإعسار، سواء بحكم القضاء أم بقوة القانون.

٣ — عدم نفاذ تصرفات المدين التالية لتسجيل دعوى إعساره فى مواجهة دائنيه السابقين على هذا التسجيل: وهذه هى المزية الأساسية لشهر إعسار المدين. وقد تضمنتها المادة ٢٥٧ التى جاءت تقول: « متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين، يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته، كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين ».

فمتى سجلت دعوى الإعسار، يدرأ الدائنون السابقون على هذا التسجيل

عن أنفسهم ضرر التصرفات التي يجريها المدين ؛ إذ أن هذه التصرفات لا تسرى في حقهم ، إذا ما صدر الحكم بشهر الإعسار . وفي هذا حماية فعالة وقوية للدائنين ، دون ان تكلفهم عبء عسيراً في الإثبات . فما عليهم لذلك إلا أن يثبتوا أسبقية حقوقهم على تصرف المدين ، وأن هذا التصرف ضار بهم . فلا يلزمهم إثبات إعسار المدين ؛ لأنه حقيقة قانونية ثابتة بالحكم بشهر الإعسار . ولا يلزمون كذلك بإثبات الغش لا على المدين ولا على المتصرف له منه ؛ إذ هذا الشرط لا يلزم هنا .

وتقتصر الأمر هنا على عدم سريان تصرفات المدين التالية لتسجيل دعوى إعساره في حق دائنيه ذوى الحقوق السابقة هذا التسجيل . فهذه التصرفات تبقى نافذة في العلاقة بين المدين والمتصرف له . بل إنها تعود لكامل حجيتها ، حتى في مواجهة الدائنين ذوى الحقوق السابقة على تسجيل دعوى الإعسار ، إذا انتهت حالة الإعسار بحكم القاضي أو بقوة القانون .

ويطبق حكم عدم نفاذ تصرفات المدين التالية لتسجيل دعوى إعساره على دائنيه السابقين على ذلك التاريخ بالنسبة إلى جميع تصرفات المدين ، بشرط واحد وهو أن تكون تلك التصرفات ضارة بهؤلاء الدائنين ، بمعنى أن تنتقص من فرص استيفائهم حقوقهم . فلا أهمية لموضوع هذه التصرفات ؛ فسواء أكان من شأنها أن تنقص من حقوق المدين كالبيع والهبة ، أو كان من شأنها أن تزيد في التزاماته كالقرض والشراء ، أو كان من شأنها تفضيل أحد الدائنين كالرهن ، أو كانت وفاء لأحد الدائنين على حساب الآخرين .

وتمشيا مع فكرة استلزام كون التصرف ضاراً بالدائنين حتى يمتنع سريانه في حق هؤلاء ، أجازت المادة ٢٥٨ للمدين ، حتى بعد تسجيل دعوى إعساره ، بل حتى بعد الحكم بشهر إعساره ، أن يتصرف في ماله تصرفاً نافذاً في مواجهة الدائنين ، حتى لو اعترض عليه هؤلاء ، بشرط إيداع ثمن المثل خزانة المحكمة . إذ أنه في هذه الحالة ، ينتفي الضرر عن الدائنين ؛ فلا يكون

هناك مبرر لعدم سريان التصرف فى حقهم . وفى ذلك ، تقضى المادة ٢٥٨ بأنه: « ١ — يجوز للمدين أن يتصرف فى ماله ، ولو بغير رضاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل ، وأن يقوم المشترى بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع . ٢ — فإذا كان الثمن الذى بيع به المال أقل من ثمن المثل ، كان التصرف غير سار فى حق الدائنين ، إلا إذا أودع المشترى فوق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمن المثل » .

ويلاحظ أن ظاهر النص يستلزم ، لتوقى عدم نفاذ التصرف فى مواجهة الدائنين ، أن يكون هذا التصرف بيعاً . ولكننا نرى مع ذلك ، توخياً لحكمة النص ، أن هذا الحكم يطبق بالنسبة لأى تصرف آخر ، ما دام المتصرف له يودع خزانة المحكمة ثمن المثل . وهذا هو نفس ما وصلنا إليه بالنسبة إلى الدعوى البولصية[1].

وغنى عن البيان أن شهر الإعسار ، بالنسبة إلى ما يترتب عنه من عدم نفاذ تصرفات المدين التالية لتسجيل دعوى الإعسار فى مواجهة دائنيه ، لا يعدو أن يكون تطبيقاً للدعوى البولصية ، بعد أن يصيب شروطها قسط وفير من التيسير . إذ أنه يسقط عن الدائنين عبء إثبات إعسار المدين ، وإثبات غشه وعلم المتصرف إليه بهذا الغش ، وهو عبء قلما يكون سهلا يسيراً .

٤ — لم يكتف القانون ، فى سبيل إضفاء حمايته على الدائنين بعد شهر إعسار مدينهم ، بالوسائل المدنية ، بل لجأ أيضاً إلى فرض العقوبة الجنائية على المدين ، إذا تعمد الإضرار بهم . وقد جاءت المادة ٢٦٠ تقرر تلك العقوبة فى حالتين خاصتين ، وهى فى ذلك تنص على أنه : « يعاقب المدين بعقوبة التبديد فى الحالتين الآتيتين : (١) إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعمد الإعسار ، بقصد

(١) أنظر ما سبق ، نبذة ٩١ .

الاضرار بدائنيه ، وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وشهر إعساره.
(ب) إذا كان بعد الحكم بشهر إعساره أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها ، أو اصطنع ديوناً صورية أو مبلغاً فيها ، وذلك كله بقصد الاضرار بدائنيه » .

٥ — والأثر الأخير الذي يترتب على الاعسار مقرر لصالح المدين نفسه إذ أنه يجوز للمدين ، إذا حجز دائنوه على إيراداته ، بعد الحكم بشهر إعساره أو أثنـــاء نظر الدعوى به ، أن يطلب من المحكمة المختصة بنظر تلك الدعوى أن تقضى له بنفقة تقتطع من إيراداته المحجوزة ، لا من رأس المال. وفى ذلك تقضى المادة ٢٥٩ بأنه : « إذا أوقع الدائنون الحجز على إيرادات المدين ، كان لرئيس المحكمة المختصة بشهر الاعسار أن يقرر للمدين ، بناء على عريضة يقدمها ، نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة . ويجوز التظلم من الأمر الذى يصدر على هذه العريضة ، فى مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره ، إن كان التظلم من المدين ، ومن تاريخ إعلان الأمر للدائنين إن كان التظلم منهم » .

وواضح مدى ما فى هذا الاجراء من الشفقة والبر بالمدين العاثر الحظ فلم يشأ القانون أن يترتب على الحجز على إيراداته ، أن يحرم مما يلزم لسد ضروريات الحياة لنفسه ولمن يعول .

هذه هى الآثار التى تترتب على شهر الاعسار أو الاعسار القانونى . وواضح منها أن القانون استهدف بترتيبها حماية الدائنين من المدين وحمايتهم بعضهم من البعض الآخر ، وذلك كله دون أن يضحى بمصالح المدين المعقولة. وهكذا يفيء نظام الاعسار من الحماية ما يظل الجميع .

١١٨ — انتهاء الاعسار

لم يجعل القانون من الاعسار حالة دائمة ، وإنما مؤقتة . بل إنه أمعن توقيتها ، جاعلا لها أمداً أقصى لا تتجاوزه ، وهو خمس سنوات ، يبدأ

من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار ، إن لم تكن قد انتهت من قبل .
والسبب فى توقيت حالة الاعسار على هذا النحو هو ما ترتبه تلك الحالة من ضيق للمدين ، يتمثل على الأخص فى غل يده عن التصرف فى ماله ، ثم ما تلحقه تلك الحالة من وصمة ارتباك حاله ، تلك الوصمة التى يحسن أن تترك له الفرصة فى أن يتحرر من أثرها . وتنتهى حالة الاعسار بطريقين ، أحدهما قضائى والثانى قانونى . ونتناول كلا من هذين الطريقين على التوالى .

١١٩ — انتهاء الاعسار قضاء [illegible]

تنتهى حالة الاعسار بحكم يصدر من القضاء ، إذا زال السبب الذى أدى إليها ، وهو عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه . ويحصل ذلك فى الحالتين الآتيتين :

ا — إذا أصبحت أموال المدين كافية للوفاء بديونه ؛ وبعبارة أخرى ، إذا أصبحت ديون المدين غير زائدة على أمواله . ويدخل هنا فى الاعتبار كل ديون المدين ، ما حل منها من غير أن يكون لشهر الاعسار سبب فى حلوله ، وما حل منها بسبب سقوط الأجل نتيجة الاعسار ، وما ظل غير حال الأداء بسبب إبقاء القضاء على أجله أو مده أو تأجيل وفائه بعد حلوله . ولا أهمية هنا للسبب الذى يؤدى إلى يسر المدين واقتداره ، فسواء أن يرجع إلى زيادة أموال المدين ، نتيجة هبة أو ميراث ، مثلا ، أو أن يرجع إلى نقص ديونه بسبب إبرائه من بعضها أو سقوط هذا البعض بالتقادم ، مثلا ، أو أن يرجع إلى أى سبب آخر .

ب — إذا قام المدين بوفاء ديونه التى حلت من غير أن يكون الاعسار سبب فى حلولها . فالاعسار القانونى ، كما بينا فيما سبق [1] ، لا يتقرر إلا إذا كانت اموال المدين غير كافية لسداد ديونه التى حلت من الأصل . فإذا ما اشهر

---

(١) أنظر ما سبق ، بنذة ١١٥ .

الاعسار ، حلت الديون المؤجلة ، مالم يحكم القضاء بغيره . ونتيجة لذلك رأينا في الحالة السابقة ، أن الاعسار لا ينتهي إلا إذا زادت أموال المدين عن كافة ديونه . ولكن إذ جاء المدين ودفع ديونه التي حلت من غير أن يكون للاعسار سبب في حلولها ، سواء أكان أجلها الأصلي قد انقضى قبل شهر الاعسار أم بعده ، كان ذلك منه دليلا على حرصه على الوفاء بديونه ، وكافأه القانون بتخويله الفرصة في إنهاء إعساره ، والعودة بآجال ديونه التي سقطت بشهر الاعسار إلى ما كانت عليه قبل هذا السقوط .

هاتان هما الحالتان اللتان ينتهي فيهما الاعسار قضاء . ويلزم هنا ، لتقرير هذا الانتهاء ، أن يصدر به حكمه في دعوى ترفع به إلى المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها موطن المدين حينئذ[1] ، من كل ذي شأن ، سواء أكان المدين أم أحد دائنيه أم المتصرف إليهم منه .

ويكفل القانون حكم إنهاء الاعسار بنفس العلانية التي يقررها للحكم بشهره . فهو يلزم كاتب المحكمة التي أصدرت الحكم بأن يؤشر به من تلقاء نفسه على هامش تسجيل دعوى الاعسار ، وبأن يرسل صورة الحكم إلى قلم كتاب محكمة مصر ، ليتولى بدوره التأشير به في سجله على هامش تسجيل دعوى الاعسار .

هذه هي احكام إنهاء حالة الاعسار قضاء . وقد ركزها المشرع في المادة ٢٦١ ، التي تقضي بأنه : « ١ — تنتهي حالة الاعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين ، بناء على طلب ذي شأن في الحالتين الآتيتين : (أ) متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله . (ب) متى قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر في حلولها .

---

(١) وليس من الضروري أن تكون المحكمه التي تقضي بانتهاء الإعسار هي تلك التي حكمت من قبل بشهره . فقد يتغير موطن المدين في الفترة مابين الاجراءين .

وفى هذه الحالة تعود آجال الديون التى حلت بشهر الاعسار إلى ما كانت عليه من قبل وفقاً للمادة ٢٦٣ .

٢ — ويؤشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بانتهاء حالة الاعسار يوم صدوره على هامش التسجيل المنصوص عليه فى المادة ٢٥٣ ، وعليه أن يرسل صورة منه إلى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك » .

١٢٠ — انتهاء حالة الاعسار بقوة القانون :

لم يكتف القانون بإنهاء الاعسار بحكم يصدر من القضاء، إذا مازال السبب الذى دعا إليه ، بل هو يقرر انتهاءه حتما وبقوة القانون ، إذا انقضت خمس سنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهره على هامش صحيفة دعوى الاعسار ، وذلك حتى لو كان السبب الذى اقتضى شهر الاعسار ، وهو زيادة ديون المدين على أمواله، لا زال باقيا لم ينقض. وفى ذلك تنص المادة ٢٦٢ على أنه : « تنتهى حالة الاعسار بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الاعسار » .

وقد حدد القانون فترة الخمس السنوات السابقة ، اعتباراً منه بأن هذه المدة كافية لاجراء تصفية أموال المدين .

١٢١ — النتائج المترتبة على انتهاء الاعسار

إذا انتهى الاعسار القانونى ، سواء أكان انتهاؤه بحكم قضائى أم بقوة القانون ، زالت كل الآثار التى تترتب عليه ، كقاعدة عامة . فيرفع عن المدين الحظر الذى كان يرد على التصرف فى أمواله ، وتصبح تلك التصرفات نافذة فى مواجهة دائنيه ، حتى السابقين منهم على تسجيل دعوى الاعسار ، وذلك فى حدود القواعد القانونية العامة ، بطبيعة الحال . وكذلك تثبت لحقوق

الاختصاص التي تقررت أو تتقرر على أموال المدين حجيتها الكاملة ، حتى بالنسبة إلى الدائنين السابقين على تسجيل دعوى الاعسار . ولا تكون ثمة جريمة جنائية إذا لجأ المدين بعد انتهاء إعساره القانونى إلى إخفاء أمواله ليحول دون التنفيذ عليها ، أو اصطنع ديوناً صورية بقصد الاضرار بدائنيه .

وإذا كانت القاعدة العامة هى أنه يترتب على انتهاء الاعسار القانونى زوال كل آثاره ، فإنه يرد على هذه القاعدة استثناء هام ، بالنسبة إلى آجال الديون التي سقطت بشهر الاعسار . فهذه الآجال لا تعود إلى ما كانت عليه قبل سقوطها بقوة القانون . وإنما يلزم لعودتها أن يطلب المدين ذلك ، وبشرط أن يكون قد قام بسداد جميع ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر إعساره أثر فى حلولها ، وقد تضمنت المادة ٢٦٣ هذا الحكم بقولها إنه : « يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الاعسار أن يطلب إعادة الديون التي كانت قد حلت بسبب شهر الاعسار ولم يتم دفعها إلى أجلها السابق ، بشرط ان يكون قد وفى ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر فى حلولها » .

ويلاحظ ، فى النهاية ، أن انتهاء حالة الاعسار القانونى بحكم قضائى أو بقوة القانون لا يفيد بالضرورة أن حالة اليسر والاقتدار قد عادت للمدين . فقد تظل أحوال المدين مرتبكة وتبقى ديونه زائدة على أمواله ، برغم زوال تلك الحالة. وفى هذا الفرض ، ينقلب الاعسار من قانونى إلى واقعى ، وتكف آثار الأول عن السريان ، لتطبق آثار الثاني . ولما كان يكفى لمباشرة الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة أن يكون المدين معسراً إعساراً واقعياً ، دون ما ضرورة لشهر إعساره قانوناً ، فإن انتهاء الاعسار القانونى لا يمنع الدائنين من استعمال هذين الدعويين . وقد حرص المشرع على أن يبرز تلك الحقيقة فى المادة ٢٦٤ ، دفعاً لكل شبهة . وقد جاءت هذه المادة تقضى بأنه: « انتهاء حالة الاعسار بحكم أو بقوة القانون لا يمنع الدائنين من الطعن فى تصرفات المدين ، ولا من التمسك باستعمال حقوقه وفقاً للمواد

من ٢٣٥ إلى ٢٤٣ (وهى المواد التى تتضمن أحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية) » .

٥ – الحق فى الحبس

١٢٢ — الوسيلة الخامسة والأخيرة التى قررها القانون فى باب الالتزامات لكفالة تنفيذ الالتزام هى الحق فى الحبس . وقد تضمن أحكامه فى المواد من ٢٤٦ إلى ٢٤٨ منه .

ونتناول أحكام الحق فى الحبس ، بادئين بتعريفه وبتحديد مبناه وطبيعته وخصائصه ؛ ثم نبين الحالات التى يثبت فيها هذا الحق للدائن ؛ وبعد ذلك نحدد الشروط الواجب توافرها لثبوت هذا الحق ؛ ثم نتطرق إلى بيان آثاره ؛ ونختتم بالكلام فى انقضائه .

١٢٣ — تعريف الحق فى الحبس

الحق فى الحبس droit à rétention هو الحق الذى يثبت للدائن الذى يكون ملتزماً بتسليم شىء معين لمدينه ، فى أن يمتنع عن تسليم هذا الشىء حتى يستوفى حقه قبل هذا المدين ، طالما أن التزامه بتسليم الشىء مترتب عليه بسبب الحق الذى يطلب الوفاء به ومرتبط به (المادة ١/٢٤٦) .

فالحق فى الحبس يتضمن أن يكون شخص دائناً ومديناً فى نفس الوقت ؛ هو مدين بتسليم شىء وهو دائن لمن يحق له تسلم هذا الشىء ؛ فيكون له الحق فى أن يحتفظ بالشىء ويمتنع عن تسليمه ، أى يكون له الحق فى حبسه ، حتى يفى المدين بالتزامه . فالبائع ، مثلا ، ملتزم بتسليم المبيع للمشترى ، وهو فى نفس الوقت دائن لهذا المشترى بالثمن ؛ فهو دائن ومدين ، وكل من الالتزامين ناشىء بسبب الآخر ومرتبط به ؛ ومن ثم يحق للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع ، أى يحبسه ، حتى يفى المشترى بالثمن .

ويباشر الدائن فى أغلب الحالات[١] حقه فى الحبس فى صورة الدفع . فهذا الحق يمنح الدائن دفعاً يعتصم به حتى يفى مدينه بما هو ملتزم بأدائه له . وبذلك يكون الحق فى الحبس وسيلة فعالة من وسائل الضمان . فالمشترى ، مثلا ، يطالب البائع بتسليم المبيع ، فيدفع البائع تلك المطالبه بوجوب وفاء المشترى بالثمن ؛ فالبائع يحبس المبيع حتى يفى المشترى بالثمن .

ويقترب الحق فى الحبس من المقاصة ، بل هو لا يعدو أن يكون توسعاً فى فكرة المقاصة[٢] . والفرق بين النظامين هو أن المقاصة وسيلة لانقضاء الالتزام ، أما الحق فى الحبس فهو وسيلة لضمان الوفاء به ؛ وهذا ما دعا البعض إلى القول بأن المقاصة ما هى إلا حق فى الحبس أكثر قوة[٣] .

١٢٤ — مبنى الحق فى الحبس

مبنى الحق فى الحبس هو اعتبارات العدالة وحسن النية التى يجب أن تسود المعاملات ، فليس من العدل فى شىء أن يلزم شخص آخر بأن يؤدى له حقه ، دون أن يفى هو بما عليه . وهذا هو نفس مبنى الدفع بعدم التنفيذ فى العقود الملزمة للجانبين (المادة ١٦١) .

١٢٥ — طبيعة الحق فى الحبس

من الخلافات التى أصبحت فى حكم التقليدية فى القانون الفرنسى ذاك الذى ثار بشأن طبيعة الحق فى الحبس . ويرجع ذلك الخلاف إلى أن القانون الفرنسى لم يتعرض لتحديد تلك الطبيعة . بل إنه لم يعالج أحكام الحق

---

(١) نقول فى أغلب الحالات ، لأن للدائن أن يباشر حقه فى الحبس فى صورة الدعوى ، كما إذا خرج الشىء المحبوس من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، إذ يجوز له هنا أن يرفع دعوى باسترداده (المادة ٢/٢٤٨) .

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية لمشروع التنقيح ، فيما ورد فيها بشأن المادة ٣٣١ منه .

(٣) راجع : Josserand. loc. cit. No. 1466

فى الحبس داخل نطاق نظرية عامة ، مكتفيا بمنح الدائن هذا الحق بمقتضى نصوص متفرقة فى حالات متعددة . وقد رأى البعض فى فرنسا أن الحبس حق عينى [1] ، بينما رأى البعض الآخر أنه حق شخصى [2] .

وفصل قانوننا الملغى فى هذا الخلاف ، معتبرا حق الحبس حقا عينيا ، إذ ذكرته المادة ٥/١٩ منه ضمن الحقوق التى تترتب على الأموال [3] .

وجاء قانوننا المدنى الجديد ، دون أن يفصل فى طبيعة الحق فى الحبس . وكان طبيعياً ، والحال هذه ، أن يثور الجدل حول هذا الأمر ، تحت ظله .

والواقع أن الفصل فى أمر طبيعـــة الحق فى الحبس شىء بالغ الدقة والصعوبة ، نظراً لتميزه واختلافه عن نوعى الحقوق المالية التقليديين ، وهما الحق العينى والحق الشخصى .

فيصعب اعتبار الحق فى الحبس حقاً عينياً ، ذلك لأن من مميزات الحق العينى الأساسية انطواءه على حق التتبع وحق التقدم أو الأولية . وهاتان المزيتان لا تثبتان للحق فى الحبس . وقد أقر بذلك أنصار عينته أنفسهم ، الأمر الذى دعاهم إلى القول بأنه حق عينى من نوع خاص . ومن ناحية أخرى ، قد يرد الحق فى الحبس على شىء مملوك للحابس نفسه ، كما هو الشأن بالنسبة إلى حق المشترى فى حبس الثمن ، إذا تعرض له أحد فى المبيع أو خيف

---

(١) راجع :

Guillouard, Traité du nantissement et du droit de rétention, no. 19 et 23 — Beudant, Les sûretes personnelles et réells, no. 251

(٢) قارن :

Josserand, loc. cit. t. II. no. 1741 — Planitol et Rispert. loc cit. no. 2536.

(٣) أنظر كذلك المادتين ٩٢/١٤٦ و١٨٩/٢٥٣ قديم ، وتفهم منهما الصفة العينية لحق الحبس .

على المبيع أن ينزع من يده أو كشف عيباً فيه (المادة ٤٥٧). ولا يتفق مع القواعد القانونية أن يكون للشخص حق عيني على مال نفسه

وكذلك يصعب اعتبار الحق فى الحبس حقاً شخصياً[١]. إذ أن الحق الشخصي هو سلطة تثبت للدائن قبل المدين، وبمقتضاها يكون للأول أن يلزم الثانى بأن يقوم لصالحه بعمل معين أو أن يمتنع عن عمل معين. وفى الحق فى الحبس بمجرده، لا توجد سلطة من هذا النوع.

وأمام هذه الصعوبة فى تكييف الحق فى الحبس، سار أكثر فقهائنا المصريين على نفى صفة الحق أصلا عنه، قانعين بالقول بأنه مجرد دفع[٢]، أو هو وسيلة من وسائل الضمان[٣].

وهذا القول لا يحسم الجدل فى شيء. فهو ابتعاد عن مجابهة الصعوبة وليس حلا لها. فاعتبار الحق فى الحبس إحدى وسائل الضمان، كما جاء فى مجموعتنا المدنية، لا يعني بالضرورة أن صفة الحق منتفية عنه. إذ أن وسائل الضمان فى أغلبها حقوق، سواء أكانت حقوقاً شخصية كالكفالة، أو عينية كالرهن بنوعيه وحق الاختصاص وحقوق الامتياز. وكذلك لا يعني شيئاً القول بأن الحق فى الحبس هو مجرد دفع. فالدفع، كالدعوى تماماً، وسيلة من وسائل حماية الحق. فإن كان الحق فى الحبس يباشر فى غالب الحالات العملية فى صورة الدفع، فإن هذا لا يعنى أنه ليس حقاً. وفضلا عن هذا، فقد يباشر الحق فى الحبس فى صورة الدعوى، كما نص القانون على ذلك بنفسه فى المادة ٢٤٨/٢ منه؛ ويحصل ذلك فى الحالة التى يخرج فيها الشيء المحبوس من يد الحابس خفية

---

(١) وقد كان من رأينا، عند وضع مؤلفنا «التأمينات الشخصية والعينية»، أن الحق فى الحبس هو حق شخصى. وقد كانت غايتنا من ذلك هى أن نبعد عنه صفة الحق العينى (راجع هذا المؤلف، نبذة ١٦٢). ولكن التعمق فى البحث جعلنا نعدل عن رأينا هذا إلى الرأى الذى أظهرناه فى المتن.

(٢) أنظر أستاذنا السنهورى، الوسيط ج ٢ نبذة ٦٣٩ — اسماعيل غانم، أحكام الالتزام نبذة ١٤٨. وأنظر أيضاً المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ص ٦٤٨ و٦٥١.

(٣) أنظر سليمان مرقس، التأمينات نبذة ٤٢٦، وأحكام الالتزام، نبذة ٢٣٥.

أو بالرغم من معارضته ؛ إذ يجوز للحابس هنا أن يرفع دعوى باسترداد الشيء، خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذى علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه[١] .

والرأي عندنا أن الحق فى الحبس حق من طبيعة خاصة ، فلا هو بالحق العيني ولا هو بالحق الشخصي ، وإن كان هو إلى الأول أقرب . وليس بعجيب فى عالم القانون ، أن يبتدع المشرع حقاً من طبيعة خاصة . فهناك حق بالغ فى أهميته من هذا النوع ؛ وهو الحق المعنوى أو الذهنى ، أى ذاك الذى يرد على نتاج الخاطر والقريحة ، كحق المؤلف على فكرته والمخترع على اختراعه ، والموسيقى على لحنه .

وعلى أية حال ، فكل ما يهمنا فيما سبق هو أن الحق فى الحبس لا يعتبر، فى ظل قانوننا الحالى ، حقاً عينياً . وهذا أمر مسلم من الفقهاء المصريين أجمعين . وبعد ذلك ، يصبح الجدل محض نظرى . إذ لو كان الحق فى الحبس حقاً عينياً ، لوجب قصره على الحالات التى ينص فيها القانون على وجوده . إذ أن ترتيب الحقوق العينية يتعلق بالنظام العام ؛ فلا يثبت أحدها على الأشياء إلا إذا نص القانون على ذلك . أما وقد ابتعدت صفة العينية عن الحق فى الحبس ، أمكن أن يقوم فى كل حالة تتوافر فيها شروطه ، حتى لو لم يكن منصوصاً على تلك الحالة صراحة فى القانون . وهكذا يخرج الحق فى الحبس ، فى ظل قانوننا الحالى عن نطاق التطبيقات الخاصة التى وردت فى قانوننا الملغى على سبيل التحديد والحصر ، إلى حيز الأنظمة والمبادىء العامة، التى تجد لنفسها التطبيق فى أحوال لا تتناهى[٢] .

ثم إن عدم اعتبار الحق فى الحبس حقاً عينياً له أهمية أخرى . إذ هو بهذه المثابة أصبح غير خاضع للشهر إذا تعلق بعقار .

---

(١) أنظر ما سيجىء ، نبذة ١٣٥ .

(٢) راجع المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، ص ٦٤٨ .

١٢٦ — مميزات الحق فى الحبس

يتميز الحق فى الحبس بالخصائص الآتية :

١ — هو حق من حقوق الضمان ؛ أو هو ، كما نعته المشرع ، إحدى وسائل الضمان .

٢ — يترتب على كون الحق فى الحبس حقاً من حقوق الضمان اعتباره حقاً تابعاً ؛ فهو لا يمكن أن يوجد مستقلا ؛ بل يجب أن يستند إلى الالتزام الذى يوفر ضمان الوفاء به . وهو يتبع هـذا الالتزام فى وجوده وفى صحته وفى انقضائه .

٣ — الحق فى الحبس لا يقبل التجزئة ، شأنه فى ذلك شأن كل حقوق الضمان ؛ فهو يمنح الدائن الحق فى أن يمتنع عن تسليم الشىء كله ، حتى يستوفى جميع دينه .

٤ — الحق فى الحبس يتعلق بالمنقول والعقار على السواء . وهو لا يخضع لنظام الشهر العقارى إذا تعلق بعقار ، لأنه ليس حقاً عينياً ، كما بينا .

١٢٧ — حالات الحق فى الحبس

تنص المادة ٢٤٦ على أنه : « ١ — لكل من التزم بأداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا . ٢ — ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشىء أو محرزه ، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشىء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع » .

فالقانون الحالى استعاض عن بيان قانوننا الملغى لأحوال الحبس على سبيل الحصر (راجع المادة ٧٣١/٦٠٥ قديم) ، بإيراد قاعدة عامة فى المادة ١/٢٤٦ منه . ومقتضى هذه القاعدة ، ثبوت الحق فى الحبس لكل شخص يكون دائناً قبل الشخص الذى هو ملتزم فى مواجهته بتسليم الشىء ، طالما كان التزام هذا الأخير مترتباً عليه بسبب التزام الحابس بالتسليم ومرتبطاً به . ويعطى القانون نفسه مثالا لحالات الحق فى الحبس فى المادة ٢/٢٤٦ منه ، بمنحه هذا الحق لحائز الشىء أو محرزه الذى يحق له دين قبل من يطلب رده فى مقابل المصروفات الضرورية أو النافعة التى أنفقها على الشىء . فحائز الشىء الذى ينفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، يصبح دائناً لمالك هذا الشىء فى نظير إنفاقه تلك المصروفات ، فالحائز مدين بتسليم الشىء إلى مالكه ، وهو فى نفس الوقت دائن لهذا المالك فى مقابل المصروفات ، وتوجد علاقة سببية وارتباط بين الالتزامين ، ومن ثم يحق للحائز أن يحبس الشىء ، حتى يعرض المالك الوفاء بالتزامه ، أو يقدم تأميناً كافياً لضمان الوفاء به .

يظهر مما سبق أن الحق فى الحبس يثبت فى حالات لا تتناهى ولا تقع تحت حصر . ولا يلزم لثبوت هذا الحق إلا توافر الشروط التى سنذكرها . ولا يهم بعد ذلك إذا كنا فى حيز الروابط التعاقدية أم فى خارجها . وإذا وجدنا فى نطاق العقود الملزمة للجانبين ، وترتب على العقد التزام أحد المتعاقدين بتسليم شىء ، كما هو حال البائع الذى يلتزم بتسليم المبيع ، اختلط الحق فى الحبس مع الدفع بعدم التنفيذ exceptio non adimpleti contractus ، ويكون الدفع بعدم التنفيذ هنا مجرد تطبيق للحق فى الحبس[1] .

---

(١) يظهر أن واضع المذكرة الايضاحية لمشروع التنقيح يرى أن الدفع بعدم التنفيذ هو مجرد تطبيق للحق فى الحبس (راجع المذكرة الايضاحية ، ج ٢ ص ١٥٩) . والواقع أن الأمر لا يكون كذلك إلا إذا كان الالتزام المدفوع بعدم تنفيذه هو التزام بتسليم شىء . أما إذا كان موضوع هذا الالتزام غير ذلك ، كالالتزام بالامتناع عن عمل ، أو الالتزام بأداء عمل غير التسليم ، كالتزام البائع بالتصديق على عقد البيع العرفى لإمكان تسجيله أو الالتزام بإلقاء =

وقد ورد فى المجموعة المدنية، فضلا عن حق منفق المصروفات الضرورية أو النافعة فى حبس الشيء ، بعض أمثلة للحق فى الحبس ، نذكر منها ما يأتى :

١ — حق البائع فى حبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له حالا من الثمن (المادة ٤٥٩ ، والمادتان ٢٧٩/٣٠٠و٢٨١/٣٥٣ قديم) .

٢ — حق المشترى فى حبس الثمن حتى يتسلم المبيع ، أو إذا تعرض له أحد مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يده ، أو إذا كشف المشترى عيباً فى المبيع (المادة ٤٥٧ ، والمادة ٣٣١/٤١١ و ٤١٢ قديم) .

٣ — حق المستأجر فى حبس العين المؤجرة فى حالة انتهاء الإيجار بسبب عدم نفاذه فى مواجهة من انتقلت إليه ملكية العين ، وذلك حتى يستوفى التعويض الذى يحق له (المادة ٦٠٥/٢ ، والمادة ٣٩٠/٤٧٦ و ٤٧٧ قديم).

وهذه هى مجرد أمثلة لحالات الحق فى الحبس . وقد تعمد المشرع فى القانون الحالى إهمال نصوص كثيرة من القانون الملغى كانت تمنح الحق فى الحبس ، لكونها مجرد تطبيق للمبدأ العام الذى ضمنه المادة ١/٢٤٦ .

ويمكن أن نضيف إلى الأمثلة التى أوردها القانون لحالات الحبس الأمثلة الآتية :

١ — حق المستعير والمودع لديه فى حبس الشيء المعار أو المودع حتى يستوفيا التعويض الذى يحق لهما من جراء ما أحدثه إحراز الشيء لهما من ضرر . ٢ — حق الوكيل فى حبس الشيء المسلم له بمقتضى الوكالة حتى يستوفى

= محاضرة ، فلايتصور أن يكون الدفع بعدم التنفيذ تطبيقاً للحق فى الحبس ، الذى يستلزم بطبيعته وجود شيء فى يد الحابس . فمن ناحية ، الحق فى الحبس أعم من الدفع بعدم التنفيذ ، من حيث أنه يثبت فى العقود الملزمة للجانبين وفى غيرها ؟ ومن ناحية أخرى ، الدفع بعدم التنفيذ أعم من الحق فى الحبس ، إذ إنه يرد على الالتزام بالتسليم كما يرد على غيره .

مايحق له فى نظير قيامه بالوكالة . ٣ — حق المتعاقد ، إذا انحل العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأى سبب آخر ، فى أن يحبس ما أخذه حتى يرد له المتعاقد الآخر ما تسلمه منه[1] . ٤ — حق حائز المنقول المسروق أو الضائع ، الذى يشتريه فى السوق أو المزاد أو ممن يتجر فى مثله فى حبسه حتى يستوفى الثمن الذى دفعه .

١٢٨ — شروط الحق فى الحبس

يجب ، لكى يثبت للدائن الحق فى الحبس ، توافر الشروط الآتية :

١ — أن نوجد بصدد شىء مما يجوز حبسه . والأصل أن جميع الأشياء القابلة للتعامل يصح حبسها ، دون تفرقة بين المنقول منها والعقار . ونرى استثناء الأموال العامة من ذلك ، لما فى حبسها من تعطيل للمنفعة العامة التى تخصص تلك الأموال لها . ونرى كذلك استثناء الأموال غير القابلة للحجز عليها بمقتضى الدين الذى يريد الدائن الحبس من أجل استيفائه ؛ لأن الحبس يتمثل فى العمل فى صورة حجز يوقعه الدائن تحت يد نفسه[2] ، ولما فى الحبس من تفويت للغرض الذى قصد المشرع تحقيقه بتقرير عدم قابلية الشىء للحجز عليه . فإذا حرم القانون ، مثلا ، الحجز على الحبوب والدقيق اللازمين لقوت المدين وعائلته لمدة شهر ، إلا لثمنها أو لمصاريف صيانتها أو لنفقة مقررة (المادة ٤٩٠ من مشروع قانون المرافعات) ، فإنه لا يجوز حبسها إلا من أجل تلك الديون ، وإلا وقعنا فى الحرج الذى أراد المشرع أن يتلافاه ، وهو حرمان المدين مما يقتات به ، فيجوع هو وعياله .

ولا يهم أن يكون الشىء المحبوس مملوكا لنفس الحابس أو لمدينه أو للغير .

٢ — أن يكون الشىء تحت يد الحابس . فالحق فى الحبس يتضمن بطبيعته

(١) راجع المادة ٢٢٤ من مشروع التنقيح .

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية لمشروع التنقيح فيما ورد فيه بشأن المادة ٣٣١ منه .

أن يكون الشيء تحت سلطة الحابس حتى يستطيع أن يمتنع عن تسليمه . بيد أنه لا يلزم أن يكون الحابس حائزاً للشيء ، بما تتطلبه الحيازة من نية الظهور بمظهر المالك للشيء animus domini بل يكفي فيه أن يكون مجرد محرز للشيء détenteur . وهذا ما دعا المشرع إلى القول ، في المادة ٢/٢٤٦ ، بأن الحق في الحبس يثبت لحائز الشيء أو محرزه ، أذا أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة .

وليس من اللازم أن يحوز الحابس الشيء بنفسه ، بل يصح أن يحوزه عنه شخص من الغير يسمى عدلا ، ويلزم هنا الاتفاق بين الحابس وبين مالك الشيء المحبوس على حيازة العدل نيابة عن الحابس .

ويجب أن يكون الشيء قد وصل إلى يد الحابس بطريق مشروع ؛ أو كما تقول المادة ٢/٢٤٦ يجب ألا يكون التزام الحابس بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع . فإذا سرق شخص شيئاً أو اغتصبه ثم أنفق عليه مصروفات ، ما حق له أن يحبسه .

وقد اختلف في القانون الفرنسي ، وتحت ظل قانوننا الملغي ، فيما إذا كان حق الحبس يثبت للباني في ملك الغير بسوء نية أم لا ؛ فمنحه البعض هذا الحق ، وحرمه منه البعض الآخر . والظاهر أن قانوننا الحالي لا يهتم بنية منفق المصروفات وقت إنفاقها ، ويهتم فقط بطبيعة التزام الحائز برد العين . فإن كان هذا الالتزام ناتجاً عن عمل غير مشروع ، بأن كان الحائز قد أخذ العين عنوة وغصباً ، ما كان له أن يعتصم وراء الحق في الحبس . ويشترط ، لكي يحرم الحائز هنا من الحق في الحبس ، أن يطلب منه صاحب الحيازة المغتصبة استردادها في خلال سنة من انتقال هذه الحيازة إلى المغتصب ، وإلا أصبح للمغتصب الحق في الحيازة ، وكان له أن يدفع التعرض عنها ولو وقع من نفس المالك (راجع المادة ٩٦١) ؛ إذ يكون من العسير هنا القول بأن التزام الحائز بالرد ناتج عن عمل غير مشروع . يظهر من ذلك أن للباني

فى ملك الغير ، فى غير الحالة السابقة ، الحق فى حبس الشىء حتى يستوفى ما يحق له وفقاً للقانون (راجع فى تحديد حقوق البانى فى ملك الغير بسوء نية المادة ٩٢٤ ؛ وفى حقوق البانى بحسن نية ، المادة ٩٢٥) ، فى مقابل المصروفات الضرورية أو النافعة التي ينفقها علي الشيء ، دون اعتبار لما إذا حصل هذا الإنفاق بحسن أو بسوء نية .

٣ — يجب أن يستند الحق فى الحبس إلى التزام صحيح وحال . فالحبس من حقوق الضمان ، كما بينا . فيلزم أن يرتكز على التزام صحيح حتى يوفر ضمان الوفاء به . فإذا لم يوجد هذا الالتزام أصلا ، أو وجد ولكنه أبطل أو وجد صحيحاً ثم انقضي ، ما كان هناك محل للحق فى الحبس .

ويجب أن يكون الالتزام المترتب لصالح الحابس ، والذى يكون الحق فى الحبس ضامناً للوفاء به ، حالاً ، أى مستحق الأداء فوراً . ولم يذكر القانون هذا الشرط عند تحديده للقواعد العامة للحق فى الحبس . ومع ذلك لا يمكن أن يكون هناك محل للشك فى وجوب توافره . إذ تقضي المادة ١٦١ بأنه لا يصح الدفع بعدم التنفيذ إلا إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ؛ والدفع بعدم التنفيذ ، فى بعض حالاته ، ما هو إلا مجرد تطبيق للحق فى الحبس ، كما بينا . وفضلا عن ذلك فالمادة ٤٥٩ ، التى تمنح البائع الحق فى حبس المبيع ، قاطعة فى وجوب أن يكون التزام المشترى بدفع الثمن حالا ؛ فهذه المادة تقول بأنه : « ١ — إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع فى الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ، هذا ما لم يمنح البائع المشترى أجلا جديداً » . وزيادة على ذلك كله ، فاشتراط كون الالتزام المضمون بالحق فى الحبس حالا تستلزمه طبيعة هذا الحق ذاتها ؛ فهذا الحق طريق غير مباشر لإلزام المدين بالوفاء ، ولا يصح إلزام المدين بالوفاء قبل حلول أجل الدين . يظهر مما سبق أنه لا يحق للشخص أن يحبس شيئاً حتى يفى له طالب الرد بما هو ملتزم به قبله ، إلا إذا كان هذا الالتزام الأخير

مستحق الأداء فى الحال . ولا يهم ، بطبيعة الحال ، أن يكون سبب الاستحقاق هو انقضاء الوقت المحدد للوفاء ، أو سقوط الأجل وفقاً لأحكام المادة ٢٧٣[1] .

٤ — ويجب ، فى النهاية ، أن توجد هنـاك علاقة ارتباط وسببية debitum cum re junctum بين التزام الحابس بتسليم الشىء المحبوس وبين الالتزام المترتب لصالحه فى ذمة مدينه الذى يطالبه بهذا التسليم . فالحق فى الحبس لا يثبت للشخص فى جميع الأحوال التى يكون فيها دائناً لمن يحق له تسلم الشىء ؛ بل يجب أن يكون حقه مترتباً فى ذمة طالب التسليم بسبب التزامه هو بذلك التسليم ، ومرتبطاً به[2] . فليس للبائع ، مثلا ، أن يحبس المبيع ضماناً لوفاء المشترى بالتزام مترتب عليه بمقتضى قرض ، لانتفاء علاقة الارتباط والسببية بين التزام البائع بالتسليم ، والتزام المشترى بدفع المبلغ المقترض .

١٢٩ — فى مواجهة من يسرى الحق فى الحبس ؟

واضح أن الحق فى الحبس يسرى فى مواجهة المدين . ولاشك أنه يسرى أيضاً فى مواجهة دائنى هذا المدين العاديين ، سواء كانت ديونهم سابقة أم لاحقة لنشوئه . إذ ليس للدائنين العاديين من الحقوق أكثر مما لمدينهم ؛ وفضلا عن ذلك ، فإن القول بعـدم سريان الحق فى الحبس على دائنى المدين العاديين

---

(١) يطبق المشرع هذا الحكم بالنسبة لحق البائع فى حبس المبيع فى المادة ٢/٤٥٩ .

(٢) يلاحظ أن القانون التجارى الألمانى لا يستلزم ، لثبوت الحق فى الحبس للدائن ، توافر علاقة الارتباط والسببية بين التزامه بالتسلم وبين دين المدين ؛ فهو يكتفى بكون الشىء المحبوس مملوكا للمدين ، وبأن يكون الالتزام المضمون بالحبس ناتجاً من العلاقات التجارية (راجع المادة ٣٦٩ تجارى ألمانى) . ولـكن القانون المدنى الألمانى (المـادة ٢٧٣) يستلزم توافر علاقة الارتباط والسببية هذه فى العلاقات المدنية ؛ والقانون المدنى السويسرى يتضمن نفس الحكم (المادة ٨٥٩) .

يترتب عليه الانتقاص من قيمة الضمان الذى يخوله هذا الحق إلى حد كبير ، إذ لا يبقى للحابس ، كوسيلة لضمان حقه ، إلا حاجة المدين إلى تسلم الشىء ، تلك الحاجة التى قد تدفعه إلى المبادرة بالوفاء بالتزامه .

بل إن من الثابت كذلك أن حق الدائن فى الحبس يسرى فى مواجهة من يكتسب حقاً على الشىء المحبوس ، سواء كان ذلك الحق هو حق ملكية أم حق عينى آخر . فللدائن أن يمتنع عن رد الشىء فى مواجهة مشتريه وفى مواجهة مرتهنه ومن يثبت له حق امتياز عليه . ولا أدل على ذلك من أن المادة ٦٠٥ تمنح المستأجر الحق فى حبس العين المؤجرة ، حتى فى مواجهة من تنتقل إليه ملكيتها ، إلى أن يستوفى التعويض المقرر له .

ولكن هل يحق للدائن أن يتمسك بالحق فى الحبس فى مواجهة جميع من يكتسبون على الشىء حقا عينيا ؟ وبعبارة أخرى ، هل يسرى الحق فى الحبس فى مواجهة جميع من تترتب لهم حقوق على الشىء المحبوس ، دون اعتبار لتاريخ كسب حقوقهم ، أى سواء كانت تلك الحقوق ناشئة بعد ثبوت الحق فى الحبس أم قبل ذلك ؟

لا يمكن أن يقوم هناك خلاف حول سريان الحق فى الحبس فى مواجهة جميع من يكتسبون على الشىء حقاً عينيا فى تاريخ لاحق لثبوته . فللبائع ، مثلا ، أن يحبس المبيع فى مواجهة كل من تترتب له حقوق عليه بعد البيع ؛ فله أن يحبسه فى مواجهة المشترى من المشترى وفى مواجهة المرتهن منه . وللدائن بالمبالغ المستحقة فى نظير قيامه بالمصروفات الضرورية أو النافعة الحق فى أن يحبس الشىء فى مواجهة كل من يترتب له حق عليه بعد إنفاق تلك المصروفات .

ولكن هل يسرى الحق فى الحبس فى مواجهة من يترتب له حق على الشىء قبل نشوئه ؟ هل يجوز ، مثلا ، لمن أنفق على الشىء مصروفات ضرورية

أو نافعة ، أن يحبسه فى مواجهة من ترتب له حق رهن عليه قبل إنفاق تلك المصروفات ؟

هنا تثور الصعوبة . والحق إن المسألة لا تخلو من الدقه .

قد يقال إن الحابس إنما يتلقى حيازة الشىء من المدين ، والمدين لا يستطيع أن ينقل إليه حيازته إلا بالحالة التى كان عليها cum onere suo فيظل الشىء إذن وهو فى يد الدائن محملا بالأعباء التى كان يتحمل بها وهو فى يد المدين[1]. وقد يقال أيضا إن حق الحبس الناتج من الرهن الحيازى لا يسرى فى مواجهة الغير الذين ترتبت لهم حقوق على الشىء ، إذا كانت تلك الحقوق قد تم حفظها وفقا للقانون قبل سريان الرهن الحيازى فى مواجهتهم (المادة ١١١٠/١). فليس للمرتهن حيازياً للعقار ، مثلا ، أن يحبس العقار المرهون فى مواجهة من ارتهنه رهنا رسميا مقيدا قبل قيد الرهن الحيازى . وإذا كان الأمر كذلك أمكن أن يقال إنه لا يصح أن يكون الحق فى الحبس الذى يثبت للدائن العادى أقوى من الحق فى الحبس الذى يثبت للمرتهن حيازيا[2] ، لاسيما أن حق الأول فى الحبس ليس حقاً عينياً ، بينما حق الثانى هو حق عينى ، أو بعبارة أدق ، هو إحدى مزايا حق عينى ، هو الرهن الحيازى .

هاتان هما الحجتان اللتان قد يعتمد عليهما من يرى أن قانوننا المصرى الحالى لا يسمح بسريان حق الدائن العادى فى الحبس فى مواجهة من ترتب له حق عينى على الشىء المحبوس فى تاريخ سابق على نشوء الحق فى الحبس . ونحن نرى أنهما غير مقنعتين . فيمكن الرد على الحجة الأولى بأن الحابس لا يكتسب حقا على الشىء المحبوس ، حتى يمكن أن يقال إنه لا يجوز أن يكون

---

(١) راجع : Colin et Capitant, loc. cit., t. II. no. 1047

(٢) أنظر فى هذا المعنى :
Baudry-Lacantinerie et de Loynes, de nantissement des privilèges et hypothèques, t. I. no. 249.

له عليه من الحقوق أكثر مما كان للمدين ؛ وفضلا عن ذلك ، فإن الحابس لا يتلقى حقه فى الحبس من المدين حتى يمكن أن يقال إنه لا يكون له من الحقوق أكثر منه ، إذ هو يتلقى حقه مباشرة من القانون ، فهو لا يعتبر فى حقه هذا خلفاً للمدين(١) . أما عن الحجة الثانية ، فيمكن دحضها بالقول بأن حق الحبس الذى يثبت للمرتهن حيازيا ماهو إلا نتيجة للرهن الحيازى وأثر مترتب عليه. فيجب لسريانه فى مواجهة الغير أن يكون الرهن معتبرا فى مواجهتهم ؛ ولا يكون الرهن ساريا فى مواجهة من اكتسب على الشىء حقا وسبق له حفظه وفقا للقانون ، والأمر بخلاف ذلك فى الحق فى الحبس الذى يثبت للدائن العادى ، إذ هو يثبت له مستقلا ، أى دون أن يكون نتيجة وأثراً لحق آخر .

ولا نريد الاكتفاء بتفنيد حجج من يقول بعدم سريان الحق فى الحبس فى مواجهة الغير الذين اكتسبوا على الشىء المحبوس حقوقاً سابقة على نشوئه ، بل نرى أنه من الممكن أن نستمد من نصوص القانون نفسها حجتين نسوقهما لتعزيز الرأى الذى نؤيده ، وهو أن الحق فى الحبس يسرى فى مواجهة الجميع ، أى حتى فى مواجهة الغير الذين اكتسبوا على الشىء حقوقا فى تاريخ سابق لنشوئه . وتتلخص هاتان الحجتان فيما يأتى :

١ — وردت المادة ٢٤٦ ، التى تقرر الحق فى الحبس ، عامة ؛ فهى تمنح هذا الحق لكل من التزم بأداء شىء ، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزامه أو لم يقدم تأميناً كافياً لضمان الوفاء به . فتطبيق هذا النص يؤدى إلى منح الدائن الحق فى حبس الشىء حتى يستوفى ما له قبل المدين ، أو يقدم له تأمين لضمان الوفاء به ، دون اعتبار لمن يضار بهذا الحق .

٢ — تمنح المادة ٦٠٥ الحق فى الحبس للمستأجر فى مواجهة من تنتقل إليه ملكية العين المؤجرة ، إذا ترتب على انتقال الملكية إليه انتهاء الإيجار

(١) راجع فى هذا المعنى : Josserand, loc. cit., t. II. no. 1469

فى مواجهته ، وذلك حتى يستوفى المستأجر التعويض الذى يستحقه . فالمالك الجديد ليس مديناً للمستأجر بالتعويض الذى يلتزم به المأجر دونه ، بل هو من الغير بالنسبة للمستأجر ؛ وحق المالك الجديد على العين المؤجرة سابق فى وجوده على حق المستأجر فى الحبس ؛ إذ هذا الحق الأخير لا يثبت بسبب الايجار الذى لا يكون نافذاً فى مواجهة المالك الجديد ، وإنما يثبت بسبب التعويض الذى يحق للمستأجر ؛ وهذا التعويض لا يحق للمستأجر إلا بعد انتهاء الايجار بسبب انتقال الملكية ؛ أى هو لا يحق له إلا بعد أن يصبح المتصرف إليه من المؤجر مالكا .

يظهر مما سبق أن الحق فى الحبس يسرى فى مواجهة الجميع : فى مواجهة المدين ، وفى مواجهة دائنيه العاديين ، وفى مواجهة الغير الذين يكتسبون على الشىء المحبوس حقوقا عينية ؛ فهو يسرى فى مواجهة الدائنين المرتهنين والممتازين ولو كان الرهن أو الامتياز سابقاً على نشوء الحق فى الحبس ، وذلك دون تفرقة بين ما إذا كان الشىء المحبوس منقولا أو عقاراً[1] .

١٣٠ — آثار الحق فى الحبس

تترتب على الحق فى الحبس حقوق للحابس والتزامات عليه :

١٣١ — أولا : حقوق الحابس

لا يمنح الحق فى الحبس صاحبه من الحقوق إلا مجرد الحيازة الفعلية للشىء . فليس للدائن الحابس إلا أن يحتفظ بالشىء ويمتنع عن تسليمه ، حتى يفى له المدين بحقه المضمون بالحبس ، من أصل وفوائد ومصروفات ،

---

(١) يرى البعض التفرقة فى ذلك بين المنقول والعقار . فهم يقررون سريان الحق فى الحبس فى مواجهة الغير دون اعتبار لتاريخ نشوء حقوقهم ، إذا كان الشىء المحبوس منقولا ؛ بينما هم لا يقررون سريان الحق فى الحبس فى حالة العقار إلا فى مواجهة الغير الذين اكتسبوا حقوقهم بعد نشوئه (راجع : Baudry-Lacantinerie de et Loynes. loc. cit., t. I. no. 429)
ونحن لا نرى مبرراً لهذه التفرقة .

أو يعرض هذا الوفاء عرضاً حقيقياً ، إذ العرض الحقيقي يقوم مقام الوفاء (المادة ٣٣٩) . وقد رأينا أن الحق في الحبس لا يقبل التجزئة[1] . ، فهو يبقى متعلقاً بكل الشيء ، ما دام المدين لم يف بكل الدين .

وإذا قلنا بأن الحق في الحبس لا يمنح صاحبه إلا مجرد الحق في الامتناع عن تسليم الشيء ، فنحن نرمى بذلك إلى القول بأنه لا يمنحه حق الامتياز على هذا الشيء . وفي ذلك تنص المادة ١/٢٤٧ على أن : « ١ ـ مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه » . فإذا بيع الشيء المحبوس ، ما كان للحابس أن يستوفي حقه من ثمنه بالأولوية على الدائنين الآخرين ، ما لم تثبت له هذه الأولوية من طريق آخر .

وإذا كان الشيء المحبوس ينتج ثماراً ، ما حق للحابس أن يأخذ هذه الثمار لنفسه ، ولا أن يخصم قيمتها من الدين ؛ بل كل ماله هو الحق في حبسها . والقول بغير ذلك يؤدي ، بطريق غير مباشر ، إلى امتياز الحابس على الدائنين العاديين ، والحق في الحبس لا يمنح صاحبه حق الامتياز ، كما قدمنا . ويلاحظ هنا الفرق بين الحق في الحبس وبين الرهن الحيازي ، الذي يمنح صاحبه الحق في الاستيلاء على ثمار الشيء المرهون بعد خصم قيمتها من الدين المضمون (المادة ١١٠٤) .

ولا يخول الحق في الحبس صاحبه حق طلب بيع الشيء المحبوس . إذ ليس للحابس إلا مجرد الحق في الامتناع عن تسليم الشيء ، كما بينا . ولكن للحابس أن ينفذ على الشيء ، لا باعتباره حابساً ، بل باعتباره مجرد دائن عادي . بيد أنه إذا فعل ذلك ، اعتبر متنازلا تنازلا ضمنياً عن حقه في الحبس في مواجهة من يرسو المزاد عليه ، وتساوى مع باقي الدائنين العاديين في استيفاء حقه من الثمن ؛ إذ لا يعقل أن يطلب بيع الشيء ، ثم يرفض بعد ذلك تسليمه لمن يرسو المزاد عليه .

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١١٧ .

وإذا كان الحق فى الحبس لا يمنح صاحبه حق امتياز قانونى ، فهو يؤدى إلى امتيازه عملا . فللحابس ، كما قدمنا ، أن يمتنع عن تسليم الشيء فى مواجهة الجميع ، أى حتى فى مواجهة الراسى عليه المزاد ، إلى أن يستوفى كل حقه . وعلى ذلك ، إذا نفذ الدائنون على المال المحبوس ، كان للحابس أن يمتنع عن تسليمه للراسى عليه المزاد إلى أن يستوفى حقه ؛ وهذا ما يجعله ، عملا ، يستوفى مطلوبه مقدما عليهم . فالحق فى الحبس ، وإن لم يمنح صاحبه حق امتياز قانونى ومباشر ، إلا أنه يؤدى إلى تقدمه على باقى الدائنين عملا وبطريق غير مباشر[1] .

١٣٢ — التزامات الحابس

يلتزم الحابس بالمحافظة على الشيء المحبوس . وهذا أمر طبيعى . إذ الشيء فى يده ، فيجب عليه أن يصونه ويرعاه . وفى ذلك تنص المادة ٢/٢٤٧ على أنه : « ٢ — وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة ... » . ومقتضى ذلك أن على الحابس أن يبذل فى المحافظة على الشيء المحبوس وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاكه وتلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه (راجع المادة ١١٠٣) .

وتقضى المادة ٣/٢٤٧ بأنه : « ٣ — وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها فى المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق فى الحبس من الشيء إلى ثمنه » . وعلى ذلك ، إذا خشى الحابس أن يهلك أو يتلف الشيء المحبوس أو ثماره ، جاز له أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيعه بالمزاد العلنى

---

(١) وربما كان هذا الاعتبار هو الذى دعا قانوننا القديم إلى الكلام عن حق الحبس بعد الكلام عن حقوق الامتياز مباشرة .

أو بسعره في البورصة أو السوق ، وينتقل حق الحابس في هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه (راجع المادة ١١١٩) .

ولم يفصح القانون عما إذا كان يجب على الحابس استثمار الشيء المحبوس ، كما فعل ذلك بالنسبة إلى المرتهن رهناً حيازياً (المادة ٢/١١٠٤) . ونرى وجوب التزام الحابس بذلك ، ما لم يمنعه المالك منه . لأن الشيء موجود في يد الحابس ، فيجب ألا يفوت على المالك حق الإفادة منه . وفضلا عن ذلك ، فالمادة ٢/٢٤٧ تلزم الحابس بأن يقدم حساباً عن غلة الشيء المحبوس ، وهذا ما يتضمن التزامه باستغلاله ، ما لم يمنعه الحابس منه . وإذا لزم على الحابس أن يستغل الشيء المحبوس ، وجب أن يحصل هذا الاستغلال لحساب المالك. فالحابس لا يأخذ الغلة ، بل كل ما له هو أن يحبسها مع الشيء ، كما بينا .

ويجب على الحابس ، في النهاية ، أن يرد الشيء المحبوس وتوابعه عند انقضاء حقه في الحبس . وإذا هلك الشيء المحبوس أو تلف ، وجب عليه أن يعوض مالكه عن هذا الهلاك أو التلف ، ما لم يثبت حصولهما بسبب لا يد له فيه .

١٣٣ — انقضاء الحق في الحبس

ينقضي الحق في الحبس ، شأنه في ذلك شأن كل حقوق الضمان ، بطريقين : فهو ينقضي تبعاً لانقضاء الالتزام المضمون به ، وهو ينقضي أيضاً بصفة مستقلة عن انقضاء هذا الالتزام .

١٣٤ — انقضاء الحق في الحبس تبعاً لانقضاء الالتزام المضمون به

الحق في الحبس حق تابع للالتزام المضمون به. وهو لذلك ينقضي بصفة تبعية ، نتيجة لانقضاء هذا الالتزام ، أياً كان سبب هذا الانقضاء ، أي سواء

انقضى الالتزام المضمون بالوفاء أو الإبراء أو المقاصة . . إلخ . بيد أنه يلاحظ أن الحق فى الحبس لا يقبل التجزئة . فهو يبقى ما بقى جزء من الدين. ويلاحظ أيضاً أن الالتزام المضمون بالحق فى الحبس لا يسقط بالتقادم ، طالما بقى الشيء المحبوس موجوداً فى يد الدائن ، لأن ذلك يعتبر من المدين إقراراً ضمنياً مستمراً بالدين ، ومن ثم يقطع التقادم (راجع المادة ٣٨٤)[1].

١٣٥ — انقضاء الحق فى الحبس بصفة أصلية

ويقضى الحق فى الحبس بصفة أصلية ، أى مستقلا عن قضاء الالتزام المضمون به ، كلما اعتراه سبب ينهيه . ويحصل ذلك فى الأحوال الآتية :

١ — إذا خرج الشيء من يد حائزه أو محرزه (المادة ١/٢٤٨) . لأن وجود الشيء فى يد الحابس ركن أساسى من أركان الحق فى الحبس ، فإذا ذهب عن يده ، انقضى الحق . بيد أنه يلزم ، لانقضاء الحق فى الحبس ، أن يكون خروج الشيء من يد الحابس حاصلا إرادياً ، أى برغبته واختياره . فإذا كان الشيء قد خرج من يد الحابس خلسة أو غصباً ، كان له أن يسترجعه ممن يكون قد ذهب إلى يده . وإنما يشترط أن يطلب الحابس ذلك فى خلال ثلاثين يوماً من وقت علمه بخروجه ، وقبل انقضاء سنة من وقت هذا الخروج. وفى ذلك تقضى المادة ٣٤٨ بأنه : « ١ — ينقضى الحق فى الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه . ٢ — ومع ذلك يجوز لحابس الشيء ، إذا خرج

---

(١) تنص المادة ٣٨٤ على أنه : « ١ — ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً . ٢ — ويعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً للوفاء بالدين » . فالمادة تعتبر الاقرار الضمنى بمثابة الاقرار الصريح فى قطع التقادم . وظاهر أن الفقرة الثانية من المادة لاتذكر حالة وجود المرهون حيازيا فى يد المرتهن، إلا كمثال للاقرار الضمنى بالحق المضمون به . فيجب أن نقول بوجود الاقرار الضمنى بالدين كلما أمكن تفسير عمل المدين على هذا الوجه ، كما إذا قدم كفيلا لضمان الوفاء بالدين ، أو كما إذا ترك شيئاً فى يد الدائن ، وكان لهذا الأخير الحق فى حبسه ضماناً للوفاء بالدين .

الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده . إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوما من الوقت الذى علم فيه بخروج الشيء من يده ، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه » . وللحابس ، إذا توافرت الشروط التى بينا ، أن يسترد الشيء إلى يده ولو كان منقولا انتقلت حيازته إلى شخص حسن النية . لأن الأمر ينطوى على سرقة ضمان vol de gage [1]. ولكن إذا كان حائز المنقول قد اشتراه بحسن نية من السوق أو البورصة أو ممن يتجر فى مثله ، ما حق للحابس أن يسترده منه إلا إذا دفع له الثمن (المادة ٢/٩٧٧) .

٢ — ينقضى الحق فى الحبس أيضاً إذا ما تنازل عنه صاحبه . ولا يهم ما إذا حصل هذا التنازل صراحة أو استخلص ضمناً من الظروف . وقد رأينا أن طلب الحابس بيع الشيء المحبوس يعتبر منه تنازلا ضمنياً عن حقه فى الحبس فى مواجهة الراسى عليه المزاد [2] .

٣ — وينقضى الحق فى الحبس كذلك إذا قدم المدين بالالتزام المضمون به تأميناً آخر بدلا عنه . وفى ذلك تقضى المادة ١/٢٤٦ بان : « للدائن أن يحبس الشيء حتى يعرض المدين الوفاء بما هو مستحق عليه أو يقدم تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه » . والحكمة من ذلك واضحة ، إذ القانون يخول الحق فى الحبس حتى يضمن الحابس الوفاء بحقه ، فإذا قدم له المدين ضماناً آخر كافياً ، تخلف الغرض من هذا الحق . ولا يهم نوع التأمين الذى يقدمه المدين . فسواء كان شخصياً كالكفالة ، أم عينياً كالرهن . وكل ما يلزم فى التأمين هو أن يكون كافياً ، وعند التنازع يبين قاضى الموضوع ما إذا كان التأمين

---

(١) راجع المذكرة الايضاحية لمشروع التنقيح ، فيما ورد فيها بشأن المادة ٣٣٣ — وراجع أيضاً ما سنذكره فى حق امتياز المؤجر على المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة .
(٢) راجع ما سبق ، نبذة ١٦٨ .

كافياً أم لا . ويلاحظ أن القانون استثنى حق البائع فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن من حكم المبدأ الذى قررناه ؛ إذ تقرر المادة ٤٥٩ هـذا الحق للبائع ، ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة .

٤ — وينقضى الحق فى الحبس ، فى النهاية ، إذا هلك الشيء المحبوس . بيد أنه إذا حصل الهلاك بفعل الغير ودفع عنه تعويضاً ، أو كان الشيء مؤمناً عليه ودفع المؤمن قيمة التأمين ، انتقل الحق فى الحبس إلى مبلغ التعويض أو قيمة التأمين ، تطبيقاً للقاعدة العامة فى الحلول العينى subrogation réelle

الباب الثانى

أوصاف الالتزام

١٣٦ – تناولنا فيما سبق آثار الالتزام . وقد اتخذنا ، فى بيان هذه الآثار ، الالتزام فى حالته العادية البسيطة ، وهى تلك التى يقوم فيها الالتزام موجوداً ونافذاً ، ويكون محله شيئاً واحداً ، ومن غير أن يتعدد الأشخاص المكونين لطرفيه .

بيد أن الأمور لا تسير دائماً بهذه البساطة . فقد يجىء الالتزام فى صورة أكثر تعقيداً . ويحصل ذلك إذا لحقه وصف من الأوصاف التى من شأنها أن تؤثر فى وجوده أو فى نفاذه ، أو تؤدى إلى التعدد فى موضوعه أو فى أشخاص طرفيه . وفى هذه الحالة ، يقع الالتزام موصوفا .

واتسام الالتزام بوصف معين يغير بعض الشىء من الآثار التى تترتب عليه . من أجل هذا كان طبيعياً أن نلجأ ، بعد أن فرغنا من بيان آثار الالتزام فى صورته العادية ، إلى دراسة الأوصاف التى قد يتسم بها ، وتحديد ما يترتب على هذه الأوصاف من اختلاف فى آثاره .

وفى دراستنا لأوصاف الالتزام ، نبدأ بتلك التى تمس وجوده أو نفاذه وهى الشرط والأجـــل ؛ ثم نعقب بتلك التى تمس موضوعه ؛ وننتهى بالأوصاف التى تمس طرفيه .

الفصل الأول

الأوصاف المتعلقة بوجود الالتزام أو نفاذه

الشرط والأجل

١٣٧ — الشرط والأجل وصفان يلحقان بالالتزام فى مجموعه . ولكن أثر كل منهما على الالتزام الموصوف به يختلف عن أثر الآخر اختلافاً أساسياً . فأولهما يمس الالتزام فى ذات وجوده . أما ثانيهما، فلا يمس الالتزام إلا فى نفاذه . ونتناول كلا من الشرط والأجل فى مبحث مستقل .

المبحث الأول

الشرط

١٣٨ — يقصد بلفظ « الشرط » فى لغة القانون ، معانى عديدة . فقد يراد به الأمر الذي يلزم توافره لقيام نظام قانونى معين أو لانتاجه أثره . وفى هذا المعنى يقال إن للعقد شروط انعقاد وهى الرضاء والمحل والسبب ، وإن له شروط صحة ، وهى الأهلية وسلامة الرضاء من عيوبه . وفى هذا المعنى يقال أيضاً شروط مباشرة الدعوى البولصية ، وشروط شهر الاعسار . وقد يطلق لفظ « الشرط » ، ويقصد به الحكم الذى ارتضاه المتعاقدان بالنسبة إلى جزئية معينة من جزئيات العقد ، وفى هذا المعنى يقال : شرط دفع الثمن فوراً ، وشرط الرجوع بضمان الاستحقاق ، وشرط المنع من التصرف . وقد يقصد بلفظ « الشرط » المقابل الذى يتحمل به المتبرع له ، خلافاً للأصل ، فيقال إن الهبة أو الوصية مقترنة بشرط ، هو أن يدفع الموهوب له أو الموصى له ، مثلا ، ديون الواهب أو الموصى .

بيد أن لفظ « الشرط » باعتباره وصفاً يلحق الالتزام يفيد معنى آخر مختلف تماماً عما سبق. فيقصد به هنا أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه إما وجود الالتزام أو زواله. وفي هذا تقول المادة ٢٦٥ : « يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع ».

١٣٩ — الشرط الواقف والشرط الفاسخ

ينقسم الشرط إلى واقف وفاسخ. والشرط الواقف هو الذي يترتب على تحققه وجود الالتزام. فالالتزام قبل تحقق الشرط غير موجود. فإذا تحقق الشرط، وجد الالتزام. وإن تخلف الشرط انعدام الالتزام. وهكذا يعتبر الشرط واقفاً وجود الالتزام إلى أن يتحقق، إن كتب له أن يتحقق. ومن هنا كانت تسميته بالشرط الواقف. ومثاله أن ألتزم بأن أعطيك مائة جنيه إذا نجحت في الامتحان.

أما الشرط الفاسخ، فهو الذي يترتب على تحققه زوال الالتزام. فالالتزام هنا موجود قبل تحقق الشرط، ولكن مصيره، من حيث استمرار وجوده أو زواله مجهول؛ إذ هو معلق على تخلف الشرط أو تحققه. فإن تخلف الشرط، تأكد وجود الالتزام نهائياً. وإن تحقق الشرط، زال الالتزام أو انفسخ[1]. ومن هنا اتت تسمية « الشرط الفاسخ ». ومثاله أن يهب شخص آخر منزله، على أن تفسخ الهبة إذا رزق الواهب بمولود.

---

(١) وقد لاحظ بعض الفقهاء، وعلى الأخص Ihering، أن الحق المعلق على شرط فاسخ هو حق موجود، كل ما في الأمر أن زواله معلق على شرط واقف؛ فإن تحقق الشرط، زال الحق؛ وإن تخلف تأكد وجوده. وهكذا وصلوا إلى أن الشرط واقف دائماً. كل ما هنالك أنه تارة يقف وجود الحق (الشرط الواقف بالمعنى العادي)، وتارة يقف زواله (الشرط الفاسخ).

ويلاحظ أن وجود أحد نوعى الشرط يتضمن بالضرورة وجود النوع الآخر. فإذا وهب شخص ابنه أرضه، إذا تزوج من فتاة معينة، مثلا، كان الابن مالكا للأرض تحت شرط واقف، وكان الأب فى نفس الوقت مالكا للأرض تحت شرط فاسخ؛ والشرط واحد فى الحالتين، وهو زواج الابن من الفتاة المعينة. وإذا وهب الأب ابنه أرضه، على أن تفسخ الهبة إذا لم يوفق الابن فى دراسته الجامعية، مثلا، كان الابن مالكا للأرض تحت شرط فاسخ، وكان الأب مالكا للأرض تحت شرط واقف؛ والشرط واحد فى الحالتين، وهو عدم توفيق الابن فى دراسته الجامعية.

١٤٠ — مقومات الشرط

يلزم لقيام الشرط، سواء أكان واقفاً أم فاسخاً، انطواؤه على الأمرين الآتيين:

١ — أمر مستقبل: فالشرط لا يقوم على أمر من أمور الماضى أو الحاضر، حتى لو كان ذوو الشأن جاهلين شأنه. فلو التزم الأب، مثلا، بأن يعطى ابنه مبلغاً من المال إذا نجح فى امتحان معين، وكانت نتيجة هذا الامتحان قد ظهرت بالفعل عند التعهد، ما كان هناك التزام معلق على شرط، حتى لو كان الأب وابنه أو أحدهما على غير علم بظهور تلك النتيجة. وهنا ينشأ الالتزام باتاً منجزاً، إن كان الابن قد نجح؛ ولا يقوم أصلا إن كان الابن قد رسب.

٢ — أمر غير محقق الوقوع: لا يكفى، لقيام الشرط، أن يتضمن أمراً مستقبلا، وإنما يلزم أن يكون هذا الأمر غير محقق الوقوع. فإن كان الأمر محقق الوقوع مستقبلا، حتى لو طال على تحققه الأمد، ما ساغ أن ينهض شرطاً. وفى هذا اختلاف جوهرى بين الشرط والأجل، حيث يقوم هذا الأخير على أمر مستقبل محقق الوقوع. ويترتب على ذلك أنه

لا يعتبر التزاما معلقاً على شرط ، أن يلتزم شخص مثلا ، بأن يدفع لآخر مبلغاً من النقود فى موسم القطن المقبل ؛ فموسم القطن لا بد آت ، وفقاً للمألوف من شئون الحياة ، ومن ثم فهو لا يصلح لأن يكون شرطاً ، وإنما يقع فى حالتنا أجلا يقترن به الالتزام ، ويعتبر الأمر المحقق الوقوع مستقبلا أجلا لا شرطاً ، حتى لو كان وقت تحققه غير معروف حالاً . ومثال ذلك الموت فلا بد من أن يموت الانسان يوماً ، وإن كان تاريخ موته غير معروف الناس ، وعلى هذا فالتزام شركة التأمين بأن تدفع مبلغ التأمين لورثة شخص معين عند موته ، لا يعتبر التزاما معلقاً على شرط ، بل هو التزام مقترن بأجل واقف .

على أنه يلاحظ أن الأمر الذى هو بطبيعته وبذاته محقق الوقوع مستقبلا ، والذى لا يصلح لذلك أن يكون شرطاً ، قد يكتنف بظروف وبملابسات تجعله غير محقق الوقوع وهو مكتنف بها ، ومن ثم يصلح على هذا الحال لأن يكون شرطاً يوصف به الالتزام . ومثال ذلك أن يهب شخص آخر أرضه ، على أن تفسخ الهبة إذا مات الموهوب له قبل الواهب ، فموت الموهوب له بذاته أمر محقق الوقوع ، ولكن موته قبل موت الواهب أمر غير محقق الوقوع ؛ وعلى ذلك فإن لم يفلح الموت الأول لأن يكون شرطاً ، فإن الموت الثانى يصلح لذلك .

٣ — أمر ممكن الوقوع : إذا لزم فى الأمر ، لكى يصلح شرطاً ، ألا يكون محقق الوقوع ، فإنه يلزم أن يكون ممكنه ، بمعنى ألا يكون مستحيل الوقوع . فإن كان الأمر مستحيل الوقوع ، ما ساغ أن ينهض شرطاً يتصف به الحق ، لا فى وجوده ولا فى زواله . ومثال الأمر المستحيل أن يقول شخص لآخر : « أعطيك مائة جنيه إذا لمست الشمس أو إذا أحييت الميت » .

واستلزم كون الأمر ممكناً حتى يصلح شرطاً يرجع إلى أن من يلتزم تحت شرط واقف أو فاسخ يعلق أهمية كبرى على وقوع الأمر الذى يقوم الشرط عليه . فإن كان وقوع هذا الأمر مستحيلا ، كان الملتزم غير جاد فى تعليق التزامه على تحققه ، أو فى الأقل ، ما كان لهذا التعليق فائدة .

ويقصد بالاستحالة التى تحول دون قيام الشرط الاستحالة المطلقة ، وفقاً للمألوف من شئون الحياة . فإن كان الأمر مستحيلا الآن ولكن من الممكن حصوله مستقبلا ، أو حتى لو كان هناك أمل فى وقوعه مستقبلا ، ساغ أن يصلح شرطاً يتصف به الالتزام . ولذلك لا يوجد الآن ثمة ما يمنع من أن يتعهد شخص بإعطاء مكافأة لمن يصل إلى اكتشاف دواء لمرض استعصى حتى الآن على الدواء ، أو أن يتعهد شخص بتقديم مكافأة لأول من يصل إلى القمر ، بعد أن أخذت أبحاث العلماء وتجاربهم تدل على أن هناك أملا فى ذلك .

٤ — عدم مخالفة الأمر للنظام العام ولا لحسن الآداب : يلزم ألا يكون الأمر الذى يقوم عليه الشرط مخالفاً للنظام العام ولا لحسن الآداب ؛ وبعبارة أخرى ، يلزم أن يكون الشرط مشروعا .

والمقصود بمشروعية الشرط هو ألا يكون دافعاً لمخالفة النظام العام ، حتى يثبت الالتزام (الشرط الواقف) ، أو حتى لا يزول (الشرط الفاسخ) . فالعبرة هنا بالغرض المقصود من تعليق الالتزام على الشرط ، لا بالواقعة المشروطة ذاتها . فقد تكون الواقعة المشروطة مخالفة للنظام العام فى ذاتها ، ولكن تصلح مع ذلك شرطاً ، إذا كان ذلك فى اتخاذها كذلك دافع يحفز إلى عدم وقوع تلك المخالفة ؛ ومثال ذلك ارتكاب جريمة ؛ فهو فى ذاته مخالف للنظام العام ؛ ولا يسوغ أن يتخذ شرطاً يوصف به الالتزام ، إذا كان فى ذلك دافع إلى مخالفة النظام العام ، كأن يتعهد شخص بأن يدفع لآخر مبلغاً من

من المال إذا قتل ثالثاً . ولكن هذا الأمر بذاته يمكن أن يتخذ شرطا يتصف به الالتزام ، إذا كان فى ذلك حافز إلى عدم مخالفة النظام العام ، ومثال ذلك أن يهب أب ابنه أرضه . على أن تفسخ الهبة إذا ارتكب الابن جريمة .

يظهر مما سبق أنه يلزم فى الشرط أن يكون مشروعاً ، بمعنى ألا يكون مخالفاً للنظام العام ولا لحسن الآداب . والحقيقة أن هذا المقوم ليس جديداً ، فهو لا يعدو أن يكون تطبيقاً لسابقه ، وهو كون الشرط ممكناً غير مستحيل . إذ أن الاستحالة ، كما قد تكون مادية ، وهى تتضمن ما يستحيل بفعل الواقع ، قد تكون قانونية ، وهى تتضمن ما يستحيل بفعل القانون . والأمر غير المشروع لا يعدو أن يكون أمراً مستحيلا استحالة قانونية ، حيث إن القانون لا يجيزه .

من أجل ذلك ، تعرض القانون للشرط غير الممكن وللشرط غير المشروع فى نص واحد ، هو نص المادة ٢٦٦ ، وأعطاهما نفس الحكم . ويتركز هذا الحكم فى اعتبار الشرط كأن لم يكن أصلا .

وإذا كان من شأن الشرط هنا أن يعتبر كأن لم يكن ، فإن إعمال هذا الحكم يؤدى إلى نتائج مختلفة ، باختلاف ما إذا كان الشرط واقفاً أو فاسخاً . فبطلان الشرط الواقف يؤدى إلى انعدام الحق الذى علق عليه ، إذ الالتزام هنا معلق ، فى ذات وجوده ، على معدوم ؛ والمعلق فى وجوده على المعدوم لا يوجد . وهكذا فإن تعهد شخص بأن يدفع لآخر مبلغاً من المال إذا لمس الشمس أو إذا ارتكب جريمة ، فإن الالتزام لا يقوم أصلا .

أما الشرط الفاسخ ، فلا يؤدى بطلانه بذاته إلى بطلان الالتزام الذى علق عليه . إذ الذى يبطل هنا هو ذات الأمر الذى علق على الشرط ، وهو هنا فسخ الالتزام أو زواله ، وليس وجوده ؛ وهكذا يستمر الالتزام موجوداً

ويبطل فقط ما تعلق بتهديده بالزوال ، فيصير باتاً . ومثال ذلك أن يهب زوج امرأته ماله ، على أن تفسخ الهبة إذا تزوجت بعدموته ، مدفوعاً فى ذلك بمحض الغيرة[1] . فهنا يبطل الشرط الفاسخ ، وبطلانه يزول ما كان يتهدد الهبة بالفسخ ، فتصير باتة .

وهكذا يؤدى بطلان الشرط الواقف إلى انعدام الالتزام المعلق عليه . أما بطلان الشرط الفاسخ ، فهو لا يؤدى بذاته إلى بطلان الالتزام المعلق عليه ، بل على النقيض من هذا ، يدعمه ويزيل ما كان يتهدده من فناء .

وإذا كان بطلان الشرط الفاسخ لعدم مشروعيته لا يؤدى بذاته إلى بطلان الالتزام المعلق عليه ، فقد يؤدى إلى بطلان ذلك الالتزام على أساس آخر ، وهو أساس السبب . فإذا ظهر أن الأمر المخالف للنظام العام أو للآداب كان السبب الذى دفع المتعاقد إلى التعاقد ، بطل الالتزام لعدم مشروعية سببه ، لا نتيجة تعليق فسخه على شرط غير مشروع .

هذه هى أحكام الشرط غير الممكن والشرط غير المشروع . وقد ركزها المشرع فى المادة ٢٦٦ التى جاءت تقضى بأنه : « ١ — لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن ، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام ، هذا إذا كان الشرط واقفاً . أما إذا كان فاسخاً فهو الذى يعتبر غير قائم . ٢ — ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذى علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام ، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام » .

٥ — والأمر الأخير متطلب فقط فى الشرط الواقف دون الفاسخ ، وهو ألا يكون قائماً على أمر محض إرادى للملتزم ، أى يجب ألا يكون

---

(١) أما إذا كان الزوج ، فى إملاء هذا الشرط ، مدفوعاً بغرض آخر مشروع ، كما إذا رغب أن تتفرغ زوجته بعد موته لتربية أولادهما منه ، لا يشغلها عنهم زوج تتخذه ، كان الشرط مشروعاً .

تحقق الشرط الواقف أو تخلفه متروك لإرادة المدين وحدها . فإن كان الأمر كذلك ، بطل الشرط ، وترتب على بطلانه عدم قيام الالتزام المعلق عليه ، تطبيقاً للقاعدة التي رأيناها من قبل ، وهي أن بطلان الشرط الواقف يؤدي بذاته إلى انعدام الالتزام المعلق عليه.

ويلاحظ أن الشرط ، يتنوع ، بحسب الدور الذي تلعبه الإرادة في تحققه أو في تخلفه ، إلى ما يأتي :

(١) شرط ليس لإرادة الدائن أو المدين دور مباشر في تحققه أو في تخلفه، فهذا أو ذاك، متروك للظروف والمصادفات وحدها. وهذا هو الشرط الاحتمالي . ومثاله النجاح في الامتحان أو موت شخص قبل آخر . (٢) شرط يتوقف تحققه أو تخلفه على إرادة الدائن أو المدين ، ولكن ليس إرادته هذه وحدها ، وإنما إرادة شخص آخر من الغير . ومثال ذلك أن يهب شخص إبنه قطعة أرض على شرط أن يتزوج بفتاة معينة يرى الخير في تزويجه بها. وهذا هو الشرط المختلط. (٣) شرط يتوقف تحققه أو تخلفه على إرادة الدائن أو المدين وحدها ، أي دون إرادة شخص آخر . وهذا هو الشرط الإرادي . والشرط الإرادي ينقسم بدوره إلى قسمين : فقد يكون إرادياً بسيطاً ، وهو ما لا يتوقف على المشيئة وحدها ، بل يتوقف أيضاً على ظروف أخرى لا تتحكم فيها الإرادة بصفة مطلقة . ومثال ذلك أن يلتزم شخص بأن يؤجر لآخر داره ، إذا تركها وسكن داراً أخرى غيرها ؛ فهنا ترك سكنى الدار إلى أخرى أمر تتحكم فيه إرادة المؤجر ، ولكن هي لا تتحكم فيه بصفه تامة مطلقة ، إذ هناك ظروف أخرى تقول في الأمر كلمتها ، وهي العثور على مسكن آخر ملائم والانتقال إليه فعلا . وقد يكون الشرط إرادياً محضاً ، وهو ما يتوقف على إرادة الدائن والمدين وحدها ، أي مجردة عن أي اعتبار آخر .

والشرط الاحتمالي والمختلط يقع صحيحاً في كل الأحوال . وكذلك

الشأن بالنسبة إلى الشرط الارادى البسيط . أما الشرط الارادى المحض ، فيختلف حكمه بعض الشيء . فإن كان فاسخاً صح فى جميع الأحوال ، أى سواء أكان متعلقاً بإرادة المدين أو الدائن . فيسوغ ، مثلا ، أن أؤجر لك سيارتى ، على أن يفسخ الإيجار إذا أردت أنا ، أو أردت أنت ، وإن كان الشرط الارادى المحض واقفاً ، صح إن تعلق بإرادة الدائن . كما إذا التزمت أنا بأن أعيرك سيارتى ، للتنزه بها يوم شم النسيم ، إذا أردت أنت . أما إذا تعلق الشرط الارادى المحض بإرادة الملتزم ، كان باطلا ، وما قام الالتزام المعلق عليه . ومثال ذلك أن أتعهد بأن أعيرك سيارتى ، فى المثال السابق ، إذا أردت أنا ، أو أن أتعهد بأن أدفع لك مبلغاً من المال عندما أرغب فى ذلك أو عندما يحلو لى .

هكذا نخلص إلى أن الشرط ، بالنسبة إلى دور الارادة فى تحققه أو تخلفه ، لا يقع باطلا ، إلا إذا كان واقفاً ، وإرادياً محضاً ، وتعلق بإرادة المدين أو الملتزم . وفى هذه الحالة ، يؤدى بطلان الشرط إلى عدم قيام الالتزام الذى علق عليه . وقد تضمنت المادة ٢٣٧ هذا الحكم بقولها : « لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفاً على محض إرادة الملتزم » .

والحكمة من عدم قيام الالتزام الذى علق على شرط واقف محض إرادي للملتزم واضحة . فى هذه الحالة ، لا يقصد المدين أن يلتزم فى الحقيقة ، أو هو فى الأقل لا يقصد أن يلتزم حالا . فإذا قلت لك مثلا ، أتعهد بأن أعطيك مائة جنيه عندما يحلو لى ، فأنا حالا لا أرغب فى أن أعطيك شيئاً ، حتى أنى إذا رغبت فيما بعد فى إعطائك ، قام الالتزام من هذا الوقت فقط .

١٤١ — طبيعة الشرط

رأينا فيما سبق أن الشرط أمر مستقبل غير محقق الوقوع . وليس كل

أمر من هذا النوع يعتبر شرطاً . وإنما يلزم لذلك ألا يكون الأمر داخلا فى تكوين الحق ، وبعبارة أخرى ، يلزم ألا يكون الأمر متضمناً عنصراً من العناصر الأساسية التى يتركب الحق منها ولا يقوم بغيرها .

فالشرط يتميز بأنه أمر عارض على الحق الموصوف به ، بمعنى أنه يطرأ عليه بعد استكماله عناصره . ويترتب على ذلك أنه من الممكن أن يزول الشرط مع بقاء الحق الموصوف به قائماً . فإذا التزمت بأن أعطيك مائة جنيه ، إذا نجحت فى الامتحان ، فالشرط هنا ، وهو النجاح فى الامتحان ، أمر عارض على الالتزام ؛ فهو لا يدخل فى عناصر تكوينه ، ومن الممكن أن نصرف النظر عنه مع بقاء الالتزام قائماً .

وبهذا يتميز الحق المعلق على شرط ، أو الحق المشروط ، كما يطلق عليه فى بعض الأحيان ، عن الحق الاحتمالى . فهذا الحق الأخير بدوره يتوقف ، فى ذات وجوده ، على أمر مستقبل غير محقق الوقوع ؛ ولكن هذا الأمر المستقبل يعتبر عنصراً من العناصر التى يتكون الحق عنها ، بحيث لا يعتبر دخيلا عليه ، ولا يتصور الحق من غيره . ومثال الحق الاحتمالى حق الموصى له قبل موت الموصى ، وحق المشترى بعقد غير مسجل بالنسبة إلى الملكية . فحق الموصى له متوقف على موت الموصى قبل موته ، فحقه إذاً متوقف على أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، ولكنه لا يعتبر مع ذلك حقاً معلقاً على شرط ، بل مجرد احتمال فى حق ، لأن من الأركان الأساسية لقيام الوصية موت الموصى حال حياة الموصى له . وكذلك الأمر بالنسبة إلى المشترى بعقد غير مسجل ، إذ التسجيل أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، ولكن لا يعتبر شرطاً ، إذ هو عنصر لازم لانتقال الملكية فى العقار .

ويترتب على تلك التفرقة الأساسية بين طبيعة كل من الحق المعلق على شرط والحق الاحتمالى اختلاف أساسى فى الآثار المترتبة عليهما . ولعل

أهم هذه الآثار هو أن تحقق الشرط الواقف يجعل الحق قائماً من وقت يستند إلى الماضي ، أى أن لتحقق الشرط أثر رجعي لقاعدة عامة ؛ وذلك فى حين أن تحقق الأمر الذى يتطلبه الحق الاحتمالى ، لايجعل هذا الحق قائماً إلا من تاريخ توافره .

١٤٢ — آثار الشرط

تختلف آثار الشرط اختلافاً أساسياً وفقاً لنوعه ، واقفاً كان أن فاسخاً . ونتناول أولا آثار الشرط الواقف ، ثم آثار الشرط الفاسخ .

١٤٣ — أولا : آثار الشرط الواقف

تختلف آثار الشرط الواقف باختلاف مرحلتين متعاقبتين : مرحلة تعليق الحق على الشرط ، وهى المرحلة التى تسبق التيقن من مصير الشرط من حيث تحققه أو تخلفه ، ومرحلة انتهاء تعليق الحق على الشرط ، على أثر وقوعه أو تخلفه .

المرحلة الأولى — فترة التعليق على الشرط الواقف : فى هذه المرحلة يقف الشرط الحق فى ذات وجـــوده ، فلا يكون هذا الحق قائماً فى ذاته . فإذا تعهدت بأن أعطيك مائة جنيه إذا نجحت فى الامتحان ، فلا تكون دائناً لى بهذا المبلغ فى مرحلة التعليق على الشرط ، أى فى المرحلة السابقة على تبين مصيره من حيث التحقق أو التخلف .

ويترتب على اعتبار الحق المعلق على شرط واقف غير موجود فى ذاته النتائج الآتية :

١ — لا يكون الحق قابلا للتنفيذ القهرى .

٢ — لايكون الحق قابلا للتنفيذ الاختيارى . وإذا وفاه المدين على غير بينة من الأمر ، أى حالة كونه يعتقد مديونيته بدين منجز ، كان له أن يسترد

ما دفع ، لاعتبار أنه قد دفع غير المستحق عليه .

٣ — لا تجوز المقاصة بالدين المعلق على شرط واقف . لأن المقاصة بالدين تتضمن اقتضاءه بطريق غير مباشر .

٤ — لا يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يباشر الدعوى البولصية .

٥ — لا يبدأ سريان التقادم المسقط طالما أن الحق معلق على شرط واقف . إذ أن بدء التقادم لا يكون إلا من الوقت الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء (المادة ٣٨١) .

٦ — إذا كان الحق المعلق على شرط واقف هو حق ملكية ، ما كان لصاحبه أن يستعمل الشيء أو أن يستغله ، لأنه ليس مالكا بعد .

المهم فى كل ما سبق أن الحق المعلق على شرط واقف لا يكون موجوداً بذاته فى فترة التعليق . ولكن ليس معنى ذلك أن الشخص يكون هنا مجرداً عن كل حق . فهو ، وإن لم يصبح بعد صاحب ذات الحق المعلق على الشرط ، فهو صاحب حق فى أن يكسب هذا الحق إذا تحقق الشرط ؛ وبعبارة أخرى ، هو صاحب حق مشروط بتحقق الشرط . فإذا تعهدت ، مثلا ، بأن أعطيك مائة جنيه إذا نجحت فى الامتحان ، فلا يكون لك ، فى مرحلة التعليق على الشرط ، حق فى هذا المبلغ ، بمعنى ألا تكون دائناً لى به . ولكنك تعتبر صاحب حق فى أن تكسب حق الدائنية على بالمبلغ السابق إذا تحقق الشرط ، وهو نجاحك فى الامتحان . وعلى هذا فصاحب الحق المعلق على شرط واقف ، وإن لم يكسب هذا الحق بعد ، فهو ليس مجرد صاحب أمل فيه ، ولكن له حق فى أن يناله ، إذا تحقق الشرط . وتترتب على هذه الفكرة عدة نتائج ؛ هاك أهمها :

١ — لا يسوغ لأحد طرفى العقد المولد للحق المعلق على شرط واقف أن يستقل بنقضه دون إرادة الطرف الآخر .

٢ — الحق المعلق على شرط واقف ترد عليه الخلافة سواء أكانت عامة

أم خاصة ، وسواء من ناحية الدائن أم من ناحية المدين . فإذا مات الدائن ، انتقل حقه إلى وارثه ، وإذا مات المدين ، خلفه وارثه فى التحمل بالحق . وكذلك لا يوجد ثمة ما يمنع من التصرف فى الحق المعلق على شرط واقف بالبيع ونحوه .

٣ — لصاحب الحق المعلق على شرط واقف أن يتخذ جميع الإجراءات التحفظية التى تستهدف صيانة حقه ، كوضع الأختام على أموال المدين بعد وفاته ، وتحرير قوائم الجرد ، وتسجيل التصرف الناقل للملكية ، وقيد الرهن ، ووضع الحراسة على الأموال ، ورفع دعوى تحقيق الخطوط . بل إن القانون منح الدائن بحق معلق على شرط واقف الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية .

المرحلة الثانية : انتهاء فترة التعليق على الشرط الواقف : فترة التعليق على الشرط مؤقتة بالضرورة . فهى لا بد أن تنتهى يوما . وهى تنتهى إما بتحقق الشرط ، وإما بتخلفه .

فإن تحقق الشرط الواقف ، وجد الحق الذى كان معلقاً عليه . وهو يوجد لا من تاريخ تحقق الشرط فحسب ، بل من تاريخ قيامه معلقاً على الشرط . إذ أن للشرط أثر رجعي ، كقاعدة عامة ، كما سنبينه بعد قليل . وتترتب على وجود الحق الآثار العكسية لتلك التى بيناها فى حالة تعليقه على الشرط . فيصبح المدين ملتزماً به ، ويسوغ للدائن قهره على أدائه بإجرائه التنفيذ الجبرى على أمواله ، ويصبح الدين محلا للمقاصة القانونية ، ويبدأ سريان التقادم المسقط له ، ويصبح الشخص مالكا ملكية تامة بما تخوله من استعمال الشىء واستغلاله ، إلى غير ذلك من كافة المزايا التى يمنحها الحق المنجز لصاحبه .

وإذا تخلف الشرط الواقف ، اعتبر الحق الذى كان معلقاً عليه عدماً وأنه كان دائماً كذلك . ويترتب على ذلك زوال آثار جميع ما يكون صاحب الحق قد أجراه فيه من أعمال التصرف أو التحفظ .

هذه هى أحكام الشرط الواقف ، فى فترة تعليق الحق عليه ، وفى تلك التى ينتهى فيها هذا التعليق ، سواء بتحقق الشرط أم بتخلفه . وقد ركز المشرع هذه الأحكام فى المادة ٢٦٨ التى تقضى بأنه : « إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف ، فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط ، أما قبل تحقق الشرط فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ القهرى ولا للتنفيذ الاختيارى ، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه » .

١٤٤ — ثانياً : الشرط الفاسخ

تختلف آثار الشرط الفاسخ ، كآثار الشرط الواقف ، باختلاف مرحلة التعليق عليه ، وتلك التى ينتهى فيها هذا التعليق ، على أثر تحقق الشرط أو ثبوت تخلفه .

المرحلة الأولى — فترة التعليق على الشرط الفاسخ : الحق المعلق على شرط فاسخ ، فى فترة تعليقه على هـذا الشرط ، يكون موجوداً ونافذاً ومستحق الأداء ، كل ما فى الأمر أن خطر تحقق الشرط يتهدده بالزوال . فالحق قائم ونافذ حالا ، وإن كان من المحتمل زواله بتحقق الشرط .

ويترتب على ذلك أن الحق المعلق على شرط فاسخ يمنح ، بحسب الأصل ، صاحبه كل الحقوق التى يمنحها الحق البات المنجز . فللدائن بحق معلق على شرط فاسخ أن يستأديه من مدينه ، وأن يلجأ فى ذلك إلى التنفيذ الجبرى عليه إذا لزم الحال ، وأن يباشر الدعوى البولصية حماية له ، وذلك كله فضلا عن الاجراءات التحفظية كلها . ويبدأ سريان التقادم بالحق من تاريخ نشوئه . وإذا كان الحق المعلق على شرط فاسخ هو حق الملكية ، كان صاحبه مالكاً ، بما لحق الملكية من مزايا الاستعمال والاستغلال والتصرف .

وإذا كان الحق المعلق على شرط فاسخ يمنح صاحبه ، بحسب الأصل ،

نفس الحقوق التى يمنحها الحق المنجز البات . إلا أنه يرد على ذلك قيدان يقتضيهما كون الحق مهددا بالزوال . وهذان القيدان هما الآتيان :

١ — التصرف فى الحق المعلق على شرط فاسخ لا يمنح المتصرف إليه إلا حقاً من نفس النوع ، أى حقاً مهدداً بالزوال إذا تحقق الشرط . لأن المتصرف لم يكن له إلا هذا الحق ، فلا يستطيع أن يمنح المتصرف له منه حقاً أقوى .

٢ — لا يسوغ لصاحب الحق المعلق على شرط فاسخ أن يجرى عملا من شأنه أن يهلكه أو يؤدى إلى تلفه . فإذا كان شخص ، مثلا ، يملك منزلا تحت شرط فاسخ ، ما ساغ له أن يهدمه . فهو ليس الوحيد فى الميدان . بل يوجد معه من يملك هذا المنزل تحت شرط واقف . ولهذا الأخير أن يتحفظ على المنزل بأنه يمنع كل ما يتهدده من أذى ، حتى فى مواجهة من يملكه تحت شرط فاسخ . وله فى هذا السبيل عند الضرورة أن يطلب تعيين حارس عليه .

المرحلة الثانية — انتهاء فترة التعليق على الشرط الفاسخ : تنتهى فترة التعليق على الشرط الفاسخ ، كمرحلة التعليق على الشرط الواقف تماما ، بتحقق الشرط أو تخلفه .

فإن تخلف الشرط الفاسخ ، تأكد الحق الذى كان معلقاً عليه وتدعم ، وزال الخطر الذى كان يتهدده بالزوال ، واعتبر أنه كان دائماً حقاً باتاً منجزاً .

أما إذا تحقق الشرط الفاسخ ، انهار الحق من أساسه ، واعتبر أنه لم يكن كذلك أبداً ، كأصل عام . وهكذا يرى صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ ، والذى كان من قبل حقاً موجوداً ونافذاً ومستحق الأداء ، يرى صاحب هذا الحق حقه يستحيل إلى عدم ، لا من وقت تحقق الشرط فحسب ،

بل من وقت نشوء الحق كذلك . تطبيقا لقاعدة الأثر الرجعى للشرط .

ويترتب على زوال الحق المعلق على شرط فاسخ نتيجة تحققه ، زوال جميع ما تم من إجراءات وتصرفات تأسيساً عليه . فإذا كان الدائن قد استأدى الدين ، وجب عليه رد ما أخذ . فإن كان ما أخذه قد هلك بسبب يرجع إليه ، حق عليه التعويض عنه ، وفقاً للقواعد العامة فى المسئولية . وإذا كان الدائن قد اتخذ إجراءات تحفظية أو تنفيذية . بطلت تلك الاجراءات . وإذا كان قد أجرى تصرفاً فى حقه ، اعتبر أنه تصرف فى شىء لا حق له فيه . وعلى العموم تزول . كأصل عام ، جميع الأمور التى تمت تأسيساً على الحق . لأنه بزوال هذا الحق ، تفقد هذه الأمور أساسها ، فتزول بدورها . وقد ركزت المادة ١/٢٦٩ هذا الحكم بقولها : « ١ — يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام . ويكون الدائن ملزماً برد ما أخذه ، فإذا استحال الرد لسبب هو مسئول عنه وجب عليه التعويض » .

وإذا كانت القاعدة العامة هى أنه يترتب على زوال الحق المعلق على شرط فاسخ ، نتيجة تحقق هذا الشرط ، زوال جميع الأمور التى تأسست عليه ، إلا أنه تستثنى من تلك القاعدة ، بصريح نص المادة ٢/٢٦٩ ، أعمال الإدارة . إذ أن هذه الأعمال تبقى نافذة ، رغم تحقق الشرط . وفى هذا تقضى المادة ٢/٢٦٩ بأنه : « ٢ — على أن أعمال الادارة التى تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط » .

وقد ابتغى المشرع ، من الابقاء على أعمال الإدارة برغم تحقق الشرط الفاسخ ، أن يكفل لها ما ينبغى من استقرار ، سيما وأنها لا تؤثر كثيراً فى الشخص الذى عاد الحق إليه . وغنى عن البيان أن أعمال الإدارة لا تبقى نافذة بعد تحقق الشرط الفاسخ ، إلا إذا كانت صادرة عن حسن نية ، وفى حدود المألوف فى الإدارة . فإذا كان عمل الإدارة إجارة ، مثلا ،

وجب ألا تتجاوز مدتها ثلاث سنوات[1] (المادة ٥٥٩) .

١٤٥ — متى يعتبر الشرط متحققا أو متخلفا

على ضوء ما ذكرناه بالنسبة إلى آثار الشرط ، يبين أن الحق المعلق عليه يتأثر تأثراً بالغاً بتحققه أو بتخلفه ؛ فهو بهذا أو بذاك يتراوح بين الحياة والموت . فتحقق الشرط الواقف يبعث الحياة فى الحق المعلق عليه ، وتخلفه بعدمه . وتخلف الشرط الفاسخ يمنع الفناء عن الحق المعلق عليه ، فى حين ان تحققه يزيله من الوجود .

وإذا كان الأمر هكذا ، فمن الأهمية بمكان أن نحدد ما إذا كان الشرط ، واقفاً أو فاسخاً ، قد تحقق أو خاب .

ولا يعتبر الشرط متحققاً ، إلا إذا وقعت الواقعة المشروطة على النحو الذى حددته إرادة المتعاقدين . فإن استلزمت تلك الإرادة واقعة بذاتها ، ما أغنت عنها واقعة أخرى ، مهما كان بينهما من تماثل ، فإذا تعهد أب بأن يعطى ابنه ١٠٠٠ جنيه ، لو نال ليسانس الحقوق ، ما استحق الابن هذا المبلغ إذا نال ليسانس الآداب . وإذا استلزمت الإرادة أن تتم الواقعة على نحو معين ، ما اعتبر الشرط متحققاً إذا تمت الواقعة على نحو يقل عن المطلوب ؛ فإذا تعهد الأب بأن يعطى ابنه قدراً من المال لو نال الليسانس بدرجة الامتياز ، ما اعتبر الشرط متحققاً إذا نال هذه الشهادة بدرجة جيد جدا . وإذا قصدت الإرادة أن تتم الواقعة فى ميعاد محدد ، لزم أن تتم فى هذا الميعاد ، واعتبر الشرط متخلفاً حتى لو تمت الواقعة ولكن بعد فوات الميعاد ؛ فلو تعهد الأب ، مثلا ، بأن يعطى ابنه قدراً من المال إذا نجح هذا العام ، فإنه لا يستحقه إذا رسب فيه حتى لو نجح

---

(١) أنظر فى هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٧ . وراجع مؤلفنا عقد الإيجار ، نبذة ٥٣ .

فى العام الذى يليه . وإذا قصدت الإرادة أن تتم الواقعة من شخص معين ، اعتبر الشرط متخلفاً إذا تمت الواقعة من شرط آخر ؛ فلو أن الأب وهب ابنه أرضه إذا تزوج من فتاة معينة يرى الخير فى زواجه منها ، فإن الشرط لا يتحقق إلا إذا تم الزواج من هذه الفتاة بالذات ، فلا يكفى أن يتزوج الابن من فتاه أخرى . المهم فى كل ما سبق وجوب أن تتم الواقعة المشروطة وفقاً لما قصدته الإرادة . واستخلاص تلك الإرادة يتعلق بالواقع ، ولقاضى الموضوع فيه القول الفصل .

وإذا كانت القاعدة هى أن الشرط يعتبر متحققاً إذا وقعت الواقعة المشروطة على النحو الذى ارتضته الإرادة ، وأنه يعتبر متخلفاً إذا لم تقع تلك الواقعة ، إلا أنه يرد على هذه القاعدة استثناء هام . ومؤدى هذا الاستثناء أن الشرط يعتبر متخلفاً ، حتى لو تحقق فعلا ، إذا كان تحققه هذا نتيجة فعل غير مشروع قام به صاحب المصلحة فى تحققه ، وأنه يعتبر متحققاً ، حتى لو تخلف فعلا ، إذا كان تخلفه هذا نتيجة عمل غير مشروع قام به صاحب المصلحة فى تخلفه . فالمؤمن ضد الحريق مثلا ، دائن لشركة التأمين تحت شرط واقف ، هو شبوب الحريق ؛ فإذا تعمد إشعال النار ، كان قد تسبب بعمل غير مشروع فى تحقق الشرط ، فيرد عليه قصده ، ويعتبر الشرط أنه قد تخلف ، وبالتالى لا يستحق التعويض . وإذا وهب شخص آخر أرضه على أن تفسخ الهبة إذا رزق الواهب بمولود ، كان الموهوب له مالكا للأرض تحت شرط فاسخ ؛ ومن مصلحته أن يخيب هذا الشرط ؛ فإن لجأ إلى عمل غير مشروع أدى إلى تخلفه ، كما إذا أجهض زوجة الواهب ، اعتبر الشرط أنه قد تحقق ، وفسخت الهبة .[1]

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً يقرر الحكم السابق ، على غرار ما فعله القانون الفرنسى جزئياً فى المادة ١١٧٨ منه ؛ وهذا هو نص المادة ٣٨٨ الذى جاء يقول: « ١ — يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الشخص الذى له مصلحة فى أن يتخلف قد حال بطريق =

١٤٦ — الأثر الرجعي للشرط

من القواعد الأساسية للشرط فى قانوننا المصرى أن تحققه ينتج الآثار المترتبة عليه ، لا من وقت هذا التحقق فحسب ، بل من تاريخ نشوء الحق معلقاً على الشرط . وهكذا يستند أثر الشرط أو ينعطف أو ينسحب إلى الماضى ، أو كما يقال بعبارة أكثر شيوعاً ، يكون للشرط أثر رجعى .

والشرط الواقف والفاسخ سواء فى الأثر الرجعى . فتحقق الشرط الواقف ، يجعل الحق الذى كان معلقاً عليه موجوداً ، لا من وقت تحققه فحسب ، بل من تاريخ نشأة الحق نفسه . فإذا تعهد الأب بأن يدفع لابنه مائة جنيه لو نجح فى الامتحان ، ثم تحقق النجاح ، اعتبر الابن دائناً لأبيه ، لا من وقت نجاحه فحسب ، بل من وقت التعهد كذلك . وإذا وهب الأب ابنه ماله إذا تزوج ، ثم تزوج الابن ، اعتبر هذا الأخير مالكا ، لا من وقت زواجه فحسب ، بل من تاريخ الهبة[1] . وكذلك يكون لتحقق الشرط الفاسخ أثر رجعى . فإذا وهب شخص أرضه لآخر على أن تفسخ الهبة إذا رزق بمولود ، ثم تحقق الشرط ، اعتبر الموهوب له أنه لم يملك الأرض فى يوم من الأيام ، وليس فقط من تاريخ تحقق الشرط .

وواضح أن إعمال الأثر الرجعى للشرط يخالف الواقع . فإذا قلنا ، فى الحالة التى يتعهد فيها الأب بأن يعطى ابنه مبلغاً من النقود إذا ما نجح فى الامتحان ، إن الابن يصير ، عند نجاحه ، دائناً لأبيه ابتداء من وقت التعهد ، فإن ذلك يتعارض مع ما قد حصل فعلا وهو أن الابن فى هذا الوقت لم يكن دائناً . وإذا قلنا ، فى الحالة التى يهب فيها شخص لآخر ارضه تحت

= الغش دون تحققه . ٢ — لا أثر للشرط الذى تحقق إذا كان تحققه قد وقع بغش الذى له مصلحة فى أن يتحقق » . وقد حذف هذا النص ، فلم يأت فى القانون ، لامكان استخلاص حكمه من القواعد العامة .

(١) أو من تاريخ تسجيل الهبة إذا كان الموهوب عقاراً .

شرط فاسخ ، إن الموهوب له ، عند تحقق هذا الشرط ، يعتبر أنه لم يملك الأرض فى يوم من الأيام ، فإن هذا القول يتعارض مع الحقيقة ، وهى أن الموهوب له كان مالكا فعلا قبل تحقق الشرط ، وأنه كان يسوغ له مباشرة كل ما تخوله الملكية لصاحبها من مزايا . وإذا لجأ القانون ، بتقرير فكرة الأثر الرجعى للشرط ، إلى مخالفة الحقيقة ، فسبيله إلى ذلك هو الحيلة أو المجاز أو الافتراض ، بمعنى أنه يفترض أمراً معيناً يخالف الحقيقة والواقع .

ولكن لماذا لجأ مشرعنا إلى تقرير فكرة الأثر الرجعى للشرط ، برغم تجافيها مع الحقيقة والواقع ، ولم يلجأ ، كما فعلت تقنينات عديدة كالتقنين الألمانى والسويسرى ، إلى تقرير تلك الحقيقة ، والقول بأن الشرط لا ينتج أثره ، كقاعدة عامة ، إلا من تاريخ وقوعه ؟

إن الغاية الأساسية التى يستهدفها مشرعنا من تقرير الأثر الرجعى للشرط هى منع الشخص الذى يتحقق الشرط لصالحه (وهو الدائن تحت شرط واقف والمدين تحت شرط فاسخ) من أن يضار نتيجة التصرفات التى يكون الطرف الآخر قد أجراها . فلو أن شخصاً ، مثلا ، وهب أرضه لآخر ، على أن تفسخ الهبة إذا مارزق الواهب بمولود ، ثم رهن الموهوب له الأرض وبعد ذلك تحقق الشرط الفاسخ ، فى هذه الحالة يحمى الأثر الرجعى الواهب من الرهن الذى عقده الموهوب له . فإعمالا لهذا الأثر ، يعتبر الموهوب له أنه لم يملك الأرض فى يوم من الأيام ، وبالتالى لا ينفذ رهنه فى مواجهة الواهب الذى يسترد الأرض خالية منه ؛ وكان الأمر ليختلف لو تجرد الشرط عن الأثر الرجعى ، ولم تذهب الملكية عن الموهوب له إلا من تاريخ تحقق الشرط .

١٤٧ — استثناءات قاعدة الأثر الرجعى للشرط

إذا كانت القاعدة العامة هى أن للشرط أثراً رجعياً ، إلا أن هذه القاعدة

ليست مطلقة ، بل ترد عليها استثناءات عدة . وقد تعرضت المادة ٢٧٠ لذكر هذه الاستثناءات . على أثر تقريرها القاعـــدة ذاتها . وهى فى ذلك تقول : « ١ — إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام ، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام ، أو زواله ، إنما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط . ٢ — ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعى ، إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه » .

ومن هذا النص يبين أنه يرد على قاعدتنا الاستثناءات الآتية :

— إذا قضت إرادة المتعاقدين بألا يكون للشرط أثر رجعى ، كان لها ما ابتغت . فقاعدتنا ليست متعلقة بالنظام العام ، ومن ثم ساغ الاتفاق على مخالفتها . وسواء أن يقع الاتفاق على ذلك صراحة أو ضمناً . فيسوغ ، مثلا ، أن يتفق الواهب والموهوب له على أنه إذا تحقق الشرط الفاسخ الذى علقت عليه الهبة ، فإن الملكية لا تذهب عن الأخير ، إلا من تاريخ تحقق الشرط . وإذا ساغ الاتفاق على إبعاد الأثر الرجعى للشرط كلياً ، فإنه يسوغ من باب أولى إبعاده جزئياً . وعلى ذلك يجوز فى المثال السابق وقوع الاتفاق على أن تحقق الشرط الفاسخ لا يؤثر فى الرهون التى يكون الموهوب له قد رتبها ؛ وهنا تعود الملكية إلى الواهب مثقلة بتلك الرهون .

٢ — يستبعد الأثر الرجعى للشرط إذا اقتضت طبيعة العقد استبعاده . وهذا على وجه الخصوص هو شأن العقود الزمنية أو المستمرة ، كعقد العمل وعقد الايجار . فإذا تعاقدت شركة ، مثلا ، مع مهندس على إلحاقه للعمل بها ، بشرط أن يقدم شهادة المعاملة التى تثبت أداءه أو إعفاءه من الخدمة العسكرية ، ما كان لتحقق هذا الشرط أثر رجعى ، بمعنى أن المهندس لا يعتبر ملتحقاً بخدمة الشركة ولا يستحق أجره من تاريخ الاتفاق ، ولكن

فقط من تاريخ تقديم الشهادة . وكذلك تحقق الشرط الفاسخ الذى يعلق عليه عقد الايجار أو عقد العمل لا يزيله بأثر رجعى ، ولكن ينهيه فقط بالنسبة إلى المستقبل .

٣ — تضيف الفقرة الثانية من المادة ٢٧٠ استثناء على قاعدة الأثر الرجعى للشرط . وهى فى ذلك تقول : « ٢ — ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعى ، إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه » . وهذا النص غامض وفيه قصور . وعلى أية حال ، فالمقصود منه هو ألا يؤثر الأثر الرجعى للشرط فيمن يتحمل تبعة الهلاك . فتقع تلك التبعة على الشخص الذى كان يتحملها ، لو أن الشرط لم ينتج أثره إلا عند تحققه . وإذا باع شخص لآخر منزله ، مثلا ، وعلق البيع على شرط فاسخ ، وتسلم المشترى المبيع ، الذى هلك بعد ذلك بقوة قاهرة ، وبعد هذا كله تحقق الشرط الفاسخ ؛ فى هذه الحالة لو أعملنا فكرة الأثر الرجعى للشرط ، لوجب القول بأن البيع لم يقع أصلا ، فيسترد المشترى الثمن ، ويهلك المنزل على البائع . ولكن الفكرة السابقة لا تطبق . ولا يعتبر الشرط منتجا أثره إلا من وقت تحققه . وما دام الهلاك قد تم قبل هذا الوقت ، فيعتبر حاصلا فى وقت كان البيع فيه قائماً ، فيتحمل المشترى تبعة الهلاك ، ما دام المنزل قد هلك بعد ان تسلمه ، تطبيقاً للقاعدة العامة فى البيع ، وهى أن تسليم المبيع مناط انتقال تبعة هلاكه من البائع إلى المشترى .

هذه هى الاستثناءات الثلاثة التى أوردتها المادة ٢٧٠ على قاعدة الأثر الرجعى للشرط . وهى ليست كل ما يرد عليها منها . فتوجد إلى جانبها استثناءات أخرى ، نص عليها القانون نفسه فى مواضع متفرقة منه . فقد سبق لنا أن رأينا أن المادة ٢/٢٦٧ تنص على أن أعمال الإدارة التى يأتيها الدائن تحت شرط فاسخ تبقى نافذة رغم تحقق الشرط . وتقرر المادة ١٠٨٣ استثناء آخر لقاعدتنا ، مؤداه أنه إذا انتقلت ملكية عقار مثقل بالرهن إلى آخر تحت

شرط فاسخ ، ولجأ هذا الآخر إلى استعمال حقه فى تطهير العقار من الرهن ، فإن هذا التطهير يبقى ، برغم تحقق الشرط الفاسخ[1] .

ولم يكتف الفقه والقضاء بالاستثناءات السابقة ، على كثرتها ، بل توسعا فيها إلى حد كبير ، واصلين إلى عدم إعمال فكرة الأثر الرجعي للشرط ، فى كل حالة تتنافى فيها مع طبيعة الأمور . ومن ذلك ما ساد من عدم احتساب مدة تعليق الحق على الشرط الواقف الذى تحقق فى التقادم المسقط له ، ومن بقاء ثمار الشيء التى قبضها المالك تحت شرط فاسخ له ؛ بل أن بعض الفقهاء وصلوا إلى أن الشفعة التى تتقرر لمالك تحت شرط فاسخ تبقى له ، برغم فسخ العقد الذى رتب له ملكية العقار الذى شفع به .

هكذا تتكاثر الاستثناءات التى ترد فى قانونا المصرى على قاعدة الأثر الرجعي للشرط إلى حد يجعل شقة الخلاف جد بسيطة ، بيننا وبين المذهب الجرمانى الذى لا يقر هذه القاعدة ، وهو المذهب الذى يتبعه الكثير من التشريعات الحديثة ، كالقانون الألمانى والقانون السويسرى ، سيما وأن هذه التشريعات قد أوردت بدورها الكثير من الاستثناءات على ما اتخذته لنفسها مبدأ ، وهو عدم استناد أثر الشرط إلى الماضى[2] .

المبحث الثانى

الأجل

١٤٨ — الأجل أمر مستقبل محقق الوقوع ، يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه . وفى ذلك تقضى المادة ١/٢٧١ بأنه : « يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع .

---

(١) أنظر فى هذا مؤلفنا التأمينات الشخصية والعينية ، نبذة ٣٢٣ .

(٢) راجع فى هذا المعنى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ، ص ٢٠ .

فالأجل يقوم على أمر مستقبل ، مثله فى ذلك مثل الشرط تماماً . فإن كان نفاذ الالتزام محدداً بأمر وقع بالفعل ، حتى لو كان طرفا الالتزام أو أحدهما يجهلان وقوعه ، فإن الالتزام ينشأ منجزاً ، ولا يكون مقترناً بأجل . ومثال ذلك أن يلتزم شخص بالانفاق على أولاد آخر بعد موته ، ثم يتضح أن أب الأولاد كان قد مات فعلا عند قيام الالتزام .

والأمر المستقبل الذى يقوم الأجل عليه يتميز بأنه محقق الوقوع ، أى أنه لا بد أن يقع يوما ، وفقاً للمألوف من شئون الحياة . وبهذا يتميز الأجل عن الشرط ، الذى هو أمر غير محقق الوقوع ، وإن كان ممكنه كما بينا . وكما تقول المادة ٢/٢٧١ ، « يعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ، ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه » . ومثال ذلك موت شخص معين ؛ فلا بد لهذا الشخص من أن يموت يوما ، وإن كان تاريخ موته غير معروف .

وأى أمر مستقبل ومحقق الوقوع يصلح لأن يكون أجلا يقترن به الالتزام ، كأول يناير القادم ، ومضى سنة أو شهر أو أسبوع من تاريخ محدد ، ووفاة شخص معين ، وحصاد القمح التالى .

واقتران الالتزام بالأجل لا يؤثر فى وجوده ، وإنما يلحق نفاذه فحسب . وهو إما يقف هذا النفاذ إلى أن يحل ، وإما ينهيه إذا ماحل . وهكذا فالأجل إما واقف وإما فاسخ . ومثال الأجل الواقف أن يشترط دفع الدين بعد سنة أو شهر أو فى ميعاد محدد يضرب . ومثال الأجل الفاسخ أن يلتزم شخص بأن يدفع لآخر إيراد مرتباً لمدى الحياة ، إذ يعتبر موت الدائن هنا أجلا ينهى حقه . ومثال الأجل الفاسخ كذلك المدة التى تحدد لنهاية الإيجار .

١٤٩ — التفرقة بين الشرط والأجل

يختلف الشرط عن الأجل اختلافا أساسياً . ويتركز هذا الاختلاف

في ناحيتين : تتعلق الأولى بطبيعة كل منهما ، وتتعلق الثانية بأثر كل منهما على الالتزام الموصوف به .

ففيما يتعلق بالطبيعة ، يقوم الشرط على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع ؛ أما الأجل ، فهو إن تشابه مع الشرط في كونه بدوره أمراً مستقبلا ، إلا أنه يختلف عنه في كونه أمر محقق الوقوع ، أي لا بد أن يحصل يوماً ، وفقا للجاري المألوف من حياة الإنسان .

وفيما يتعلق بأثر كل من الشرط والأجل على الالتزام الموصوف ، نجد أن الشرط يمس الالتزام في ذات وجوده ؛ فهو إما أن يجعله غير موجود إلا بوقوعه (الشرط الواقف) ، وإما أن يزيل وجوده من أساسه إذا وقع (الشرط الفاسخ) . أما الأجل ، فهو لا يمس الالتزام في وجوده ، كما بينا ؛ فهو لا يتعلق إلا بنفاذ الالتزام . فهو إما أن يؤجل هذا النفاذ أو يوقفه إلى أن يقع (الأجل الواقف) ، وإما أن ينهي هذا النفاذ بالنسبة إلى المستقبل عندما يقع (الأجل الفاسخ) .

١٥٠ — الوفاء عند المقدرة أو الميسرة

في بعض الأحيان ، يشترط المتعاقدان أن يكون الوفاء بالالتزام عند المقدرة أو الميسرة أو عند الامكان أو حسب الامكان . وفي هذه الحالة ، تدق معرفة ما إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف ، أو مقترناً بأجل واقف . ولهذا التكييف أهمية بالغة . إذ لو كان الالتزام معلقاً على شرط ، لأصبح وجوده ذاته رهيناً بالاقتدار ، بحيث أنه لو مات المدين دون أن يلحقه ، لا نعدم ، وما تحمل به وارثه من بعده . أما إذا كان الالتزام مقترناً بأجل ، فيؤدي ذلك وجوده وإيقاف نفاذه إلى أن يقتدر المدين ؛ فإن ظل غير مقتدر إلى أن مات ، حل الأجل بموته ؛ وبهذا يتحمل الوارث بالالتزام ، في حدود ما يناله من أموال التركة ، بطبيعة الحال .

وقد اعتبر القانون الالتزام هنا مقترنا بأجل واقف ، وهو اقتدار المدين أو يسره . على أنه فى تقريره هذا الحكم ، لا يفعل أكثر من أن يضع قرينة قانونية بسيطة . ومن ثم يسوغ دحضها بإثبات أن إرادة المتعاقدين انصرفت إلى تعليق الالتزام على شرط الميسرة ، لا مجرد إضافته إلى أجل . ويجب أن تظهر الارادة فى ذلك قاطعة . فعند الشك ، يؤخذ بفكرة الأجل ، دون الشرط .

وإذا اعتبر الالتزام هنا ، كما هو الأصل ، مقترناً بأجل الميسرة ، فإنه لا يترك بطبيعة الحال تحديد هذه الميسرة للمدين وحده أو للدائن وحده . فعند عدم اتفاقهما ، يرفع الأمر للقاضى ، الذى يعين الميعاد المناسب لحلول الأجل ، مراعياً فى ذلك جميع الظروف التى تكتنف المدين ، وعلى الأخص موارده المالية الحالية والمستقبلة ، ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزاماته (المادة ٢٧٢) .

١٥١ — أنواع الأجل :

رأينا فيما سبق أن الأجل ينقسم ، بالنسبة إلى أثره ، إلى واقف وفاسخ ، وأن الواقف هو الذى يوقف نفاذ الالتزام إلى أن يقع ، والفاسخ هو الذى ينهى نفاذ الالتزام إذا ما حل . وإذا نظرنا إلى الأجل ، من ناحية مصدره ، وجدناه يتنوع إلى اتفاقى وقانونى وقضائى .

فالأجل الاتفاقى كما يدل إسمه ، هو الذى ينشأ من الاتفاق أو من الإرادة بوجه عام . وهذا النوع هو الغالب فى العمل . وقد يكون تحديد الأجل هنا صريحاً ، كما إذا اتفق الدائن والمدين على أن يكون وفاء الدين بعد عام محدد . وقد يقع هذا التحديد ضمنا ، بمعنى أن يستدل عليه من ظروف الأحوال . ومثال هذه

الحالة الأخيرة أن يتفق صاحب مطعم مع أحد زبائنه على أن يقيم مأدبة عشاء لضيوفه فى يوم معلوم ، دون أن يحدد الساعة ؛ هنا يتحدد ميعاد المأدبة ضمناً بالوقت المألوف لتناول العشاء .

أما الأجل القانوني ، فهو الذى يحدده القانون . ومثاله ، بالنسبة للأجل الواقف ، أن قانون الضريبة العامة على الإيراد يلزم الممول بدفعها فى ميعاد لا يتجاوز ٣١ مارس من كل عام . ومثاله ، بالنسبة للأجل الفاسخ ، أن القانون المدنى يقرر انتهاء حق الانتفاع بموت المنتفع ، إن لم يكن قد انتهى فى تاريخ سابق . وكثيرا ما يتدخل المشرع أثناء المحن والأزمات فيصدر قانوناً يقرر به تأجيل الديون عامة ، أو وقف الوفاء بها .

والأجل القضائى ، أو نظرة الميسرة délai de grâce ، كما يسمى أحيانا ، هو ذاك الذى يمنحه القاضى للمدين العاثر الحظ ، إذا وجد فى ظروف استثنائية تستدعى الرأفة به وتخفيف قسوة القانون عليه . فإذا حل أجل الدين ، والمدين فى عسر بسبب ظروف استثنائية يؤمل أن تزول ، ساغ للقاضى أن ينظره إلى ميسرة ، بأن يمنحه أجلا أو آجالا ، لعل الله يؤتيه من بعد عسر يسرا ، بشرط ألا يلحق الدائن من جراء ذلك ضرر جسيم (المادة ٤٣٦) .

١٥٢ — أثر اقتران الالتزام بالأجل

تكلمنا فيما سبق فى الأجل من حيث هو . ونريد الآن أن نتبين آثار اقتران الالتزام بالأجل أو اتصافه به . ويختلف الوضع هنا باختلاف نوعى الأجل ، واقفاً كان أم فاسخاً ، وذلك على النحو الآتى :

١٥٣ — الالتزام المقترن بأجل واقف

الالتزام المقترن بالأجل الواقف التزام موجود وكامل الوجود. فكل ما لاقترانه بهذا الأجل من أثر هو وقف نفاذه ليس إلا. وذلك إلى أن يحل. وهكذا فالحق المقترن بأجل هو حق موجود، ولكنه غير نافذ، وبعبارة أخرى غير مستحق الأداء.

ويترتب على عدم نفاذ الالتزام هنا امتناع التنفيذ القهري. فلا يسوغ للدائن أن يطالب المدين بالوفاء، مادام أجل الدين قائماً، ولا أن ينفذ به عليه، من باب أولى. فإن رفع الدائن دعوى بحقه، وجب الحكم بعدم قبولها، لرفعها قبل الأوان. ولا يسوغ للدائن أن يتمسك بالمقاصة بين دينه المؤجل ودين عليه، لأن المقاصة لا تقع إلا بين الديون المستحقة الأداء (المادة ٣٦٢).

ولا يترتب على الأجل الواقف امتناع التنفيذ القهري فحسب، بل إن التنفيذ الاختياري، إذا وقع من المدين حالة كونه يجهل الأجل[1]، يعتبر بدوره أنه قد وقع قبل أوانه، وأنه لم يكن بالتالي وفاء للالتزام، بل دفعا لشيء لم يستحق بعد على المدين، الأمر الذي يخول هذا الأخير، كأصل عام، أن يسترد ما دفع، على أساس أنه دفع غير المستحق عليه. بيد أن القانون إذا كان قد خول المدين هنا كأصل عام استرداد ما دفع، إلا أنه رخص للدائن في استبقاء الوفاء، بشرط أن يدفع للمدين ما أفاده بسبب التعجيل، في حدود الضرر الذي لحق هذا الأخير من جرائه، تطبيقاً لقواعد الإثراء بلا سبب؛ وذلك رغبة منه في تبسيط الأمور وتجنب قيام الدائن برد ما قبضه، ما دام أنه سيستحقه عند حلول الأجل. وفي هذا تقضي المادة ١٨٣ بأنه: ١ — يصح كذلك استرداد غير المستحق، إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا

---

(١) أما إذا دفع المدين الدين قبل حلول أجله على بينة من الأمر، ما كان له أن يسترد مادفع، إذ أنه يعتبر هنا متنازلا عن الاجل.

لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل . ٢ — على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقوداً ، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل» .

يظهر مما سبق أن اقتران الالتزام بالأجل الواقف يجعله غير نافذ إلى أن يحل ، وأنه يترتب على ذلك أن يصبح غير قابل للتنفيذ إلى هذا الوقت ، وسواء فى هذا التنفيذ القهرى أو الاختيارى .

ولكن كل مظاهر الالتزام الأخرى تثبت للدائن بوجـــه عام . فله أن يتصرف فيه بكافة أنواع التصرفات ، ويورث عنه إذا مات . وعلى الخصـوص يثبت للدائن هنا جميع الإجراءات التحفظيـة ، أى تلك التى تستهدف التحفظ على الحق من الضياع . بل إن القانون قد خصه هنا بإجراء تحفظى قوى ، وهو ثبوت الحق له فى أن يطالب المدين بتقديم تأمين يضمن الوفاء بالتزامه ، كرهن أو كفالة ، إذا كانت هناك أسباب قوية ومعقولة تجعله يخشى إعساره ، فإن لم يستجب المدين لنـدائه ، سقط أجل الدين ، وأصبح بذلك حالا ، الأمر الذى يخول للدائن المبادرة إلى التنفيذ على أموال المدين .

وإذا انقضى الأجل ، أصبح الالتزام الذى كان مقترناً به ، التزاما منجزا واستكمل ما كان ينقصه وهو النفاذ ، فيصير بذلك مستحق الأداء حالا ، الأمر الذى يسوغ المطالبة بتنفيذه فوراً ، وجبر المدين على أدائه ، إن لم يقم به طوعا واختيارا . على أنه يلاحظ أن حلول الأجل لا يغنى ، كقاعدة عامة عن الاعذار ، على وفق ما بيناه تفصيلا فى حينه .

هذه هى أحكام الالتزام المقترن بأجل واقف . وقد ركزها المشرع فى الماده ١/٢٧٤ بقوله : « ١ — إذا كان الالتزام مقترناً بأجل واقف ، فإنه لا يكون نافذاً إلا فى الوقت الذى ينقضى فيه الأجل . على أنه يجوز للدائن ،

حتى قبل انقضاء الأجل ، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه . وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشى إفلاس المدين أو إعساره واستند فى ذلك إلى سبب معقول » .

١٥٤ — الالتزام المقترن بأجل فاسخ

لا يؤثر الأجل الفاسخ فى الالتزام الذى يتصف به ، إلا من ناحية تقرير إنهائه فى تاريخ حلوله . أما قبل ذلك فالالتزام نافذ ومستحق الأداء ويخول صاحبه كل المزايا التى يمنحها الالتزام البسيط غير الموصوف . فإذا التزم شخص بأن يدفع لآخر إيراداً مرتباً لمدى الحياة ، مثلا ، كان التزامه مقترناً بأجل فاسخ ، وهو وفاة الدائن . ولا يؤثر هذا الأجل الفاسخ فى نفاذ الالتزام ، بخلاف الأجل الواقف ، بل يقع الالتزام نافذاً ومستحق الأداء من وقت نشأته ، ويبقى هكذا إلى أن ينقضى الأجل بموت الدائن . فكأن كل ما للأجل الفاسخ من أثر هو تحديد تاريخ إنهاء الالتزام .

وانقضاء الأجل هنا لا ينهى الالتزام إلا للمستقبل ، فهو لا يزيله بالنسبة إلى الماضى . فليس للأجل أثر رجعى ، بخلاف الحال فى الشرط . ويترتب على ذلك أنه إذا كان الشخص الذى رتب الإيراد لصالحه ، فى المثال السابق ، قد استحق قبل موته بعض الأقساط ، ولم تدفع له ، بقى حقه فيها ، وانتقل بعد موته إلى ورثته .

وقد تعرضت المادة ٢/٢٧٤ لأثر الأجل الفاسخ بقولها : « ٢ — ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام ، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعى » .

١٥٥ — انقضاء الأجل

ينقضى الأجل بالأمور الآتية :

أولا : حلول الأجل : وهذا هو السبيل الطبيعى والمعتاد لانقضاء الأجل .

ويحل الأجل بوقوع الأمر المنتظر ، كانقضاء المدة المحددة ، مثلا . ولا تثور هنا عادة إلا مسألة كيفية احتساب الزمن . والقاعدة فى ذلك أن اليوم الأول لا يحتسب ، وإنما يدخل اليوم الأخير فى الحساب . فإذا التزم شخص ، مثلا ، بأن يدفع الدين بعد عام يبدأ من ٧ مايو سنة ١٩٥٩ ، حل الأجل فى ٧ مايو سنة ١٩٦٠ ، وإذا التزم شخص بأن يدفع الدين بعد أسبوع يبدأ من يوم الخميس ، حل الأجل فى يوم الخميس التالى .

ثانياً : ينقضى الأجل بالتنازل عنه ممن قرر لمصلحته . فإن كان الأجل مقرراً لمصلحة المدين وحده ، كما هى الحال فى القرض بغير فائدة ، ساغ له أن ينزل عن الأجل ، ويدفع الدين قبل ميعاده المتفق عليه . وإذا كان الأجل مقرراً لصالح الدائن وحده ، كما إذا أودع شخص سيارته بدون مقابل لدى آخر إلى أجل معلوم ، كان للدائن أن ينزل عن الأجل . أما إذا كان الأجل مقرراً لصالح الدائن والمدين كليهما ، كما هى الحال بالنسبة إلى القرض بفائدة، ما ساغ ، كقاعدة عامة ، النزول عنه إلا باتفاقهما ، وقد أورد المشرع على هذه القاعدة الأخيرة استثناء تمشى فى تقريره مع رغبته فى التنكر للربا . ومؤدى هذا الاستثناء أنه يجوز ، فى القرض بفائدة ، للمقترض أن يلغى الأجل ويرد ما اقترضه ، بشرط أن يعلن رغبته فى ذلك للدائن ، بعد فوات ستة أشهر من إبرام القرض على الأقل ، وأن يدفع له الدين خلال ستة أشهر أخرى من تاريخ هذا الاعلان . وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن الستة الأشهر التالية للإعلان ، حتى لو دفع الدين قبل فواتها (المادة ٥٤٤) .

ثالثاً — سقوط الأجل : وينقضى الأجل فى النهاية بسقوطه . وحق المدين فى الأجل يسقط فى الحالات الثلاث الآتية :

١ — إذا أشهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون (المادة ٢٧٣) . فإذا أشهر إفلاس المدين أو إعساره ، سقطت آجال ديونه المؤجلة ، وأصبحت

مستحقة الأداء ، مع ملاحظة أن للقاضي . كما سبق لنا أن بيناه في حينه ، أن يبقي على الأجل برغم شهر الاعسار ، بل له أن يمده وأن يعطي آجالا جديدة للديون الحالة (المادة ٢٥٥) .

٢ — إضعاف التأمينات : فأجل الدين يسقط إذا ضعفت التأمينات الخاصة التي تضمن الوفاء بالدين بحيث أصبحت غير كافية للضمان. والمقصود بالتأمينات الخاصة ، تلك التي تخصص لضمان الدين ، زيادة عن الضمان العام المقرر على جميع أموال المدين ، كالرهن والكفالة . فلو أن الدين المؤجل مضمون برهن يقع على منزل ، مثلا ، ثم تهدم هذا المنزل ، وأصبح بذلك غير كاف للضمان ، سقط أجل الدين ، كأصل عام . ونكرر أن سقوط الأجل لا يقع إلا إذا ضعف تأمين خاص . أما إضعاف الضمان العام ، كما إذا باع المدين مالا غير مرهون في ضمان الدين ، فلا يؤدي إلى سقوط الأجل ، إلا إذا أشهر إعسار المدين أو إفلاسه .

وكل إضعاف لتأمين خاص قد يؤدي إلى سقوط الأجل . فلا أهمية لما إذا كان الدائن قد أعطي هذا التأمين عند نشوء حقه ، أم في تاريخ لاحق . ولا أهمية كذلك لما إذا كان التأمين الخاص مقدماً من المدين ، كما هي الحال في الرهن ، أم كان قد نشأ بغير تدخل المدين ، سواء لأن القانون يمنحه للدائن ، كما هو الشأن في حقوق الامتياز ، أم لأن الدائن قد استحصل عليه بإذن القضاء ، كما هي الحال بالنسبة لحق الاختصاص .

وإضعاف التأمين الخاص يؤدي إلى سقوط الأجل ، سواء أوقع بفعل المدين ، أم وقع بسبب أجنبي عنه لا يد له فيه ، كقوة قاهرة . مع ملاحظة إنه إذا كان التأمين قد أضعف بفعل المدين ، فإن الأجل يسقط إلا إذا آثر الدائن إلا بقاء عليه ، وفي هذه الحالة ، يسوغ له أن يطالب المدين بأن يقدم له تأميناً تكميلياً يعوض له النقص في الضمان . أما إذا كان إضعاف التأمين قد حصل بسبب

أجنبي عن المدين ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن تأمينا تكميليا كافيا (المادة ٢٧٣ / ٢) .

٣ — ويسقط الأجل في النهاية إذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد بتقديمه له من التأمينات (المادة ٢٧٣ / ٣) . ومثال ذلك أن يقترض شخص مبلغاً من المال ، ويتعهد للدائن بأن يقدم له رهنا أو كفالة لضمان الوفاء بالدين ، ثم لا يفي بعهدة ؛ ففي هذه الحالة يسقط الأجل .

الفصل الثانى

الأوصاف الواردة على موضوع الالتزام

أو تعدد محل الالتزام

١٥٦ — الالتزام فى العادة ، يقوم بالنسبة إلى موضوعه أو محله ، على أمر واحد ، أو هو إذا تعددت الأمور التى يتضمنها محله ، فإن المدين يلتزم بأدائها كلها ، وهنا يعتبر الالتزام بسيطاً . ولكن قد تتعدد الأمور التى تدخل فى موضوع الالتزام ، ولا يلزم المدين بأدائها كلها ، وإنما بأداء أحد هذه الأمور فقط يقع الاختيار عليه . وهذا هو الالتزام التخييرى . وقد يقع الالتزام على أمر واحد ، ولكن يسوغ للمدين أن يؤدى أمر آخر بدلا عنه . وهذا هو الالتزام البدلى . وهذان الالتزامان بالغا الندرة فى العمل . ولذلك نكتفى ببيان أحكامهما فى إيجاز .

١٥٧ — **الالتزام التخييرى :**

يكون الالتزام تخييرياً ، إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحدا منها (المادة ٢٧٥) . ومثال ذلك أن يتفق مالك الأرض مع مستأجرها على أن الأجرة هى عشرون جنيها أو خمس أرادب من القمح . فى هذا المثال نجد أن محل التزام المستأجر يشمل شيئين ، لا واحداً ، وهما المبلغ النقدى وكمية القمح ، على أنه لا يلزم إلا بأداء أحدهما فقط الذى يقع عليه اختياره .

ويلزم لاعتبار الالتزام تخييريا ، أن تكون الأمور المتعددة التى يشملها

موضوع الالتزام ، ويثبت الاختيار بينها، أو اثنين منها على الأقل ،من الأمور التي تصلح محلا للالتزام . فإذا لم يكن يصلح موضوعاً للالتزام إلا أمر واحد، وبطلت الأمور الأخرى، نشأ الالتزام بسيطا . ومثال ذلك أن يتعهد شخص بأن يقدم لآخر كمية من الحشيش أو كمية من الطباق .

والأصل فى الالتزام التخييرى أن الخيار بين الأمور التي يشملها موضوع الالتزم يثبت للمدين ، ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على ثبوته للدائن ، (المادة ٢٧٥) . ومن الأمثلة التي يتفق فيها على ثبوت الخيار للدائن أن يتفق محل لبيع السيارات مع أحد زبائنه على أن يبيعه إحدى سيارتين يحددانهما ، ويتركان للمشترى فرصة أن ينتقى من بينهما ما يستقر عليه رأيه .

ويجب على صاحب الخيار أن يباشره فى الأجل المحدد . فإن كان الخيار ثابتاً للمدين ، كما هو الأصل ، وامتنع عن الاختيار ، كان للدائن أن يطلب من القاضي أن يحدد له أجلا معقولا يختار خلاله ، فإن قعد المدين عن الاختيار برغم ذلك، تولى القاضي بنفسه تعيين الأمر الواجب الأداء (المادة ٢٧٦/١). وإذا كان الخيار للدائن ، ولم يختر فى الأجل المحدد ، ساغ للمدين أن يرفع الأمر للقاضي طالبا منه تحديد أجل يختار الدائن فيه ، فإن عين القاضي لذلك أجلا ، وانقضى دون أن يقوم الدائن بالاختيار ، انتقل الخيار للمدين ، بمعنى أنه هو الذى يتولى تحديد الأمر الذى يؤديه .

وكما تقضى المادة «٢٧٧» إذا كان الخيار للمدين ، ثم استحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التي اشتمل عليها محل الالتزام وكان المدين مسئولا عن هذه الاستحالة ولو فيما يتعلق بواحد من هذه الأشياء ، كان ملزما بأن يدفع قيمة آخر شيء استحال تنفيذه .

١٥٨ — الالتزام البدلى : يختلف الالتزام البدلى عن الالتزام التخييرى اختلافاً أساسياً . ففى حين

أن موضوع الالتزام الثانى يشمل عدة أمور يقع الاختيار بينها ، لا يشمل موضوع الالتزام البدلى إلا أمراً واحداً ، كل ما هنالك أنه يسوغ للمدين أن يقدم أمراً آخر بدلا عن ذاك الذى التزم به فى الأصل . ومثال ذلك أن يتفق المؤجر مع المستأجر على أن الأجرة هى عشرون جنيهاً ، مع الترخيص للمستأجر بأن يقدم بدلا من هذا المبلغ خمسة أرادب من القمح . فهنا يقع موضوع الالتزام على أمر واحد وهو المبلغ النقدى ؛ كل ما هنالك هو أنه يترخص للمدين أن يقدم عوضاً عن الشىء الذى التزم بأدائه شيئاً آخر ، وهو هنا كمية القمح .

ويترتب على الاختلاف فى طبيعة كل من الالتزام التخييرى والالتزام البدلى الفوارق الآتية :

١ — يقوم الالتزام التخييرى صحيحاً ، إذا كان أحد الأمور التى يقوم عليها سليماً ، حتى لو بطلت الأمور الأخرى ، على أن يكون هنا التزاماً بسيطاً . أما الالتزام البدلى ، فهو لا يقوم أصلا إذا بطل الأمر الأصيل الذى يقوم عليه موضوعه ، حتى لو صح البديل المتفق عليه .

٢ — يبقى الالتزام التخييرى قائماً ما بقى أحـــد الأمور التى يشملها موضوعه ، حتى لو هلكت الأشياء الأخرى . أما الالتزام البدلى ، فينقضى بمجرد أن يستحيل أداء الأمر الأصيل الذى يقوم عليه ، حتى لو ظل أداء البديل ممكناً . أما استحالة الأمر البديل ، فلا يترتب عليها القضاء الالتزام . فكل ما تؤدى إليه هو أن الالتزام يصبح بسيطا غير موصوف .

٣ — تتحدد طبيعة الالتزام البدلى المنقولة أو العقارية ، بحسب الأمر الأصيل الذى يقوم عليه الالتزام ، وتقدر قيمته على هذا الأساس . أما الالتزام التخييرى ، فإن كان بعض الأمور التى يشملها موضوعه عقاراً والآخر منقولا ، بقيت طبيعته المنقــولة او العقارية غير معروفة إلى أن يقع الاختيار . وكذلك لا يستطاع تحديد قيمة الالتزام إلا فى هذا الوقت .

٤ — إذا كان الأصل إن الاختيار فى الالتزام التخييرى يثبت للمدين ، إلا أنه يسوغ أن يثبت للدائن إذا اتفق على ذلك أو قضى به القانون . أما فى الالتزام البدلى ، فالمدين وحده دون الدائن هو الذى يجوز أن يقدم البديل مكان الأمر الأصيل الذى يقوم عليه الالتزام .

وقد ركز المشرع أحكام الالتزام البدلى فى مادة وحيدة ، هى المادة ٢٧٨ ؛ وهى تقضى بأنه : « ١ — يكون الالتزام بدلياً إذا لم يشمل محله إلا شيئاً واحداً ، ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أدى بدلا منه شيئاً آخر . ٢ — والشيء الذى يشمله محل الالتزام ، لا البديل الذى تبرأ ذمة المدين بأدائه ، هو وحده محل الالتزام وهو الذى يعين طبيعته » .

الفصل الثالث

تعدد طرفى الالتزام

١٥٩ — الأصل فى الالتزام أن يقوم بين دائن واحد ومدين واحد ، فلا يتعدد طرفه الإيجابى ولا طرفه السلبى . بل إنه إذا تعدد الدائنون أو المدينون ، فالأصل أن موضوع الالتزام ينقسم عليهم ، ويصير كل نصيب منه موضوعا لالتزام مستقل ، وبهذا تتعدد الالتزامات بتعدد الدائنين أو المدينين .

ويستوى فى هذا الحكم أن يتعدد الدائنون أو المدينون عند نشأة الحق أو بعدها . ومثال تعدد الدائنين عند نشأة الحق أن يبيع شخصان شيئاً يملكانه فى الشيوع بثمن قدره ١٠٠٠ جنيه ؛ فهنا ينقسم الثمن بين البائعين، بنسبة نصيب كل منهما فى المبيع ، وتصير حصة كل منهما فيه موضوعا لالتزام مستقل يتحمل به المشترى ؛ وهكذا يوجد هنا التزامان مستقلان وليس واحد فقط ؛ فإن كان لكل من البائعين نصف الشيء المبيع ، مثلا ، ثبت لكل منهما قبل المشترى دين مستقل عن دين الآخر مقداره ٥٠٠ جنيه . أما تعدد المدينين عند نشأة الالتزام ، فمثاله أن يشترى ثلاثة أشخاص مالا من صاحبه ؛ فهنا ينقسم الثمن بين المشترين بنسبة الحصص التى يشترون على أساسها ، ويصير نصيب كل منهم فيه موضعاً لالتزام متميز مستقل ؛ فإن كان الثمن ٣٠٠٠ جنيه ، ووقع الشراء بحق الثلث لكل من المشترين، صار كل واحد من هؤلاء مديناً بدين قدره ١٠٠٠ جنيه ؛ وهكذا تقوم هنا التزامات ثلاثة موضوع كل منها ١٠٠٠ جنيه يتحمل به كل مشتر على حدة ، ولا يقوم التزام واحد موضوعه ٣٠٠٠ جنيه ، يتحمل به المشترون الثلاثة مجتمعين .

وقد يكون الدائن واحداً عند نشأة الالتزام ، ثم يحل محله عدة دائنين ، فينقسم الالتزام بين هؤلاء ونصير أمام التزامات متعددة . ومثال ذلك أن يموت الدائن ، تاركا عدة ورثة : فهنا ينقسم موضوع الحق الذى كان ثابتاً للمورث على ورثته ، ويصير نصيب كل منهم فيه موضوعا لالتزام مستقل يثبت له فى مواجهة المدين . وكذلك الحال قد يكون الدين واحداً عند نشأة الالتزام ، ثم يئول موضوعه إلى عدة مدينين ، فينقسم عليهم ، وتتعدد بذلك الالتزامات بتعددهم . ومثال ذلك أن يحول الدين على أشخاص متعددين يقبلون التحمل به بدلا من المدين الأصيل ؛ فهنا ينقسم موضوع الالتزام على المحال عليهم ، ويصير نصيب كل من هؤلاء موضوعا لالتزام متميز مستقل ، فتتعدد بذلك الالتزامات بتعدد المحال عليهم[1] .

يظهر مما سبق أن الأصل فى الالتزام أن يقوم بين دائن واحد ومدين واحد ، وأنه إذا تعدد الدائنون أو المدينون ، فإننا لا نكون بصدد التزام واحد ، بل بصدد التزامات متعددة ، وسواء أن يحصل هذا التعدد منذ البداية أو فى تاريخ لاحق .

وقد جرت العادة فى فرنسا وفى مصر على أن يطلق على الالتزام الذى ينقسم إلى التزامات متعددة بسبب تعدد الدائنين أو المدينين اصطلاح «الالتزام المشترك obligation conjointe» ، نسبة إلى الاشتراك فى المصدر . وهذه

---

(١) وفى القانون الفرنسى وفى غيره من القوانين الأوربية ينقسم الدين على ورثة المدين ، ويصبح كل من هؤلاء مدينا بالتزام مستقل يرد على نصيبه من دين مورثه . ولكن هذا الحكم لا يسرى كأصل عام تحت ظل قانوننا ، حيث يسود مبدأ «لا تركة إلا بعد سداد الديون» . فالدين الذى كان على المورث لا ينتقل ، كقاعدة عامة ، إلى ورثته ، بل تتحمل به التركة كلها ؛ وبهذا يبقى الالتزام واحداً . وتستثنى من هذا الحكم الحالة التى يكون فيها دين المورث مؤجلا ولا يجمع الورثة على طلب حلول الأجل ؛ إذ يسوغ هنا للمحكمة توزيع الدين على الورثة ، بحيث يتحمل كل منهم بنصيب مناسب منه ؛ وهنا ينقسم موضوع الالتزام الذى كان يثقل المورث ، وتتعدد بذلك الالتزامات التى يتحمل بها الورثة .

تسمية خداعة مضللة. فلسنا هنا أمام التزام واحد . بل أمام عدة التزامات ، وهذه الالتزامات مستقلة متميزة بعضها عن بعض ، وإن اشتركت فى المصدر الذى نبعت منه. ومن ثم كان الأجدر أن نقول هنا إننا أمام التزامات منفصلة، إشارة إلى انفصالها عن بعضها ، بعد أن جمعتها وحدة المصدر .

وانقسام الالتزام إلى التزامات مستقلة متميزة نتيجة تعدد طرفيه الايجابى أو السلبى هو الوضع الذى تمليه القواعد العامة . ويترتب على هذا الوضع نتائج بالغة الأهمية ، أهمها ما يأتى :

١ — إذا تعدد الدائنون ، ما كان لايهم أن يطالب المدين إلا بحصته من الدين ، دون حصص الدائنين الآخرين . فإذا ثبت ، مثلا دين مقداره ٣٠٠ جنيه لشخص معين ، ثم مات تاركا ثلاثة أولاد . ما كان لأى من هؤلاء أن يطالب المدين إلا بمائة جنيه . فحق الأب هنا قد انقسم على الأولاد ، وأصبح لكل منهم حق متميز ومستقل عن حقوق أخوته ومقداره ١٠٠ جنيه . وإذا استوفى أحد الدائنين دينه ، اعتبر أنه اقتضى حقاً خاصاً به . فلا يشاركه فيه غيره من الدائنين ، حتى لو تعـــذر عليهم استيفاء حقوقهم من المدين بسبب إعساره .

٢ — إذا تعدد المدينون ، كان كل منهم ملتزماً بحصته فقط ، دون مراعاة لحصص الآخرين . فلا يسوغ للدائن أن يطالب أيا من المدينين إلا بنصيب هذا المدين . وإذا أعسر أحد المدينين ، تحمل الدائن نتيجة إعساره ، فلا يرجع على غيره من المدينين .

٣ — إذا تعدد الدائنون أو المدينون ، استقل كل واحد بشأن نفسه . فلا توجد رابطة تجمع بين أولائك أو هؤلاء . ويترتب على ذلك أن ما يجريه كل دائن أو كل مدين لا يسرى إلا عليه وحده ، فلا يكون له أثره بالنسبة إلى غيره . فالصلح الذى يعقده أحد الدائنين مع المدين ، مثلا ، أو الحكم الذى يستصدره ضده، لا يكون له أدنى أثر بالنسبة إلى الدائنين الآخرين . وكذلك الشأن بالنسبة إلى التصرفات التى يجريها أحد المدينين مع الدائن .

يخلص من كل ما سبق أنه إذا تعدد الدائنون أو المدينون ، فإن الالتزام ينقسم إلى التزامات مستقلة منفصلة تتعدد بعدد أولائك وهؤلاء . هذا هو الحكم الذى تمليه القواعد القانونية العامة . وفيه يعتبر الالتزام بسيطاً . لأنه يتمشى مع الوضع العادى ، ومؤداه وحدة كل من الدائن والمدين . ولكن الأمور لا تسير دواماً على هذا النهج . فالقانون يسمح فى بعض الأحوال أن يبقى الالتزام واحداً دون أن ينقسم ، برغم تعدد الدائنين أو المدينين . وهنا يعتبر الالتزام موصوفاً . لأنه يخرج عن الوضع الذى تمليه القواعد العامة . ووصفه راجع إلى تعدد طرفيه الايجابى أو السلبى أو هما معاً .

والقانون ، إذ يسمح ببقاء الالتزام واحداً دون أن ينقسم برغم تعدد الدائنين أو المدينين ، يقرر فى سبيل الوصول إلى تلك الغاية نظامين أساسين ، هما التضامن وعدم قابلية الالتزام للانقسام . وهذان النظامان ، لاسيما أولهما ، من الأهمية بمكان كبير . وترجع أهميتهما إلى شيوعهما فى العمل ، لدرجة أننا نجد أغلب الالتزامات تبقى ، بسبب اتصافها بأحدهما ، واحدة دون انقسام ، برغم تعدد طرفيها . ونعالج هذين النظامين على التوالى ، كلا فى مبحث مستقل .

المبحث الأول

التضامن

١٦٠ — التضامن وصف يلحق الالتزام الذى يتعدد طرفاه الايجابى أو السلبى ، فيحول دون انقسامه ، ويؤدى بذلك إلى بقائه واحداً لا يتجزأ ، وذلك بغض النظر عما إذا كان موضوع الالتزام يقبل فى ذات الانقسام أو لا يقبله .

وقد يلحق التضامن الالتزام الذى يتعدد طرفه الايجابى ، أى الدائنون فيه ، وهذا هو التضامن الايجابى أو التضامن بين الدائنين . كما إنه قد يلحق الالتزام الذى يتعدد طرفه السلبى ، أى المدينون فيه ؛ وهذا هو التضامن

السلبي أو التضامن بين المدينين . بل إنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يلحق التضامن الالتزام بالنسبة إلى طرفيه الايجابي والسلبي على السواء .

من هذا يبين أن هناك نوعين من التضامن : تضامن إيجابي وتضامن سلبي . وأساس النوعين واحد ، وهو عدم انقسام الالتزام ، برغم تعدد الدائنين أو المدينين فيه . ولكن التفريع على هذا الأساس يقتضي بالضرورة أن نبين أحكام كل نوع على حدة وقد بدأ قانوننا ببيان أحكام التضامن الإيجابي ، محتذياً في ذلك التقنينات الأجنبية . وسارت الأغلبية الكبرى من الفقهاء على هذا النهج في شرحهم لأحكام التضامن . ونحن نؤثر الاستهلال بالتضامن السلبي . لأنه من ناحية ، يكتسح في أهمية العملية التضامن الايجابي . ولأن المشرع نفسه من ناحية أخرى ، أطنب في بيان أحكام التضامن السلبي ، واقتصد في بيان أحكام النوع الثاني ، تاركا الأمر ، فيما أغفله بصدده ، للاستنتاج من الأحكام التي أوردها بالنسبة إلى التضامن السلبي ، وذلك حتى لا ينوء التقنين بنصوص حظها من العمل جد يسير .

التضامن السلبي

أو التضامن بين المدينين

١٦١ — التضامن السلبي Solidarité passive أو التضامن بين المدينين solidarité entre débiteurs وصف يلحق الالتزام الذي ينشأ بين عدة مدينين ، فيحفظ وحدته ويمنعه من أن يقسم عليهم ، وذلك بغض النظر عما إذا كان موضوع الالتزام يقبل في ذاته الانقسام أو لا يقبله . ومثاله أن يقترض (أ) و (ب) و (ج) ٣٠٠ جنيها مع اشتراط التضامن بينهم . فموضوع الالتزام هنا يقبل في ذاته الانقسام . ومع ذلك يحول التضامن دون انقسامه . ويبقى الدين واحداً بالنسبة إلى كل مقداره . الأمر الذي يترتب عليه التزام كل مدين بالدين كله ، أي بثلاثمائة جنيه ، وثبوت الحق للدائن في أن يطالب أي مدين يختاره بهذا المبلغ جميعه .

والتضامن السلبي كثير الشيوع في العمل. حتى أن يندر عدم اشتراطه في الحالة التي يتعدد فيها المدينون. وهكذا نجد الأصل الذي تمليه القواعد العامة، وهو انقسام الالتزام إذا تعدد المدينون فيه، ينقلب في العمل، نتيجة اشتراط التضامن، استثناء نادر الوقوع.

ويرجع شيوع التضامن السلبي في العمل إلى فائدته القصوى للدائن. فللدائن بمقتضاه أن يطالب كل مدين بالدين كله. وإذا تعذر عليه اقتضاء دينه من أحدهم، في كله أو في جزء منه، كان له أن يقتضيه من الباقين. وفي ذلك ضمان فعال للدائن، فضلا عن اليسر الكبير في استيفائه دينه. فبدلا من أن يقسم الدائن مطالبته على مدينيه المتعددين، كل في حدود نصيبه من الدين، يستطيع أن يقتضي دينه كاملا من هؤلاء مجتمعين أو منفردين. ثم إذا أعسر أحد المدينين، كان في يسار الباقين ما يخول الدائن اقتضاء حقه كاملا. وإذا بلغت فائدة التضامن السلبي هذا الحد من الأهمية بالنسبة إلى الدائن، فهمنا سبب شيوعه في العمل. إذ يغلب أن يشترطه الدائن على المدين، وهو الطرف القوي في الالتزام. وذلك فضلا عن الأحوال التي يفرضه فيه القانون نفسه مراعاة لمصلحة الدائن، عندما يبدو له جديراً برعايته.

١٦٢ — الفرق بين التضامن والكفالة

ينطوي التضامن بين المدينين، كما بينا، على تأمين قوي فعال يمنحه للدائن في سبيل اقتضاء حقه. فبدونه، ينقسم الالتزام على المدينين، ولا يكون للدائن أن يطالب كل واحد منهم إلا بنصيبه فيه؛ حتى إذا ما أعسر أحدهم، تحمل الدائن وحده نتيجة إعساره، وتعذر عليه اقتضاء حصته. فالدائن هنا لا يستطيع أن يرجع على باقي المدينين بحصة من يعسر منهم. فإن وجد التضامن تغير الحال تماما. فمؤداه تحمل كل مدين بالدين كله، وثبوت الحق للدائن في أن يقتضيه كاملا من أي من المدينين يشاؤه. وهكذا لا يضار الدائن

بإعسار أحد المدينين المتضامنين ، مادام الباقون أو حتى واحد منهم ، مقتدراً موسراً . فالتضامن يأمن الدائن ضد خطر إعسار بعض المدينين .

والتضامن بهـــذا يتشابه مع الرهن بنوعيه الرسمي والحيازى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز . إذ هذه الحقوق الأخيرة ، تؤمن بدورها الدائن ضد خطر إعسار الدين . ولـكن هـــذه الحقوق تجعل التأمين كامنا فى عين محددة ، أرض أو منزل أو سيارة ، مثلا . ومن ثم يطلق عليها التأمينات العينية . أما التضامن ، فيقوم على توفير التأمين للدائن نتيجة جعل عدة أشخاص ملتزمين بكل الدين ؛ فهو إذاً تأمين شخصي .

والتضامن ليس هو التأمين الشخصي الوحيد . فإلى جانبه ، يوجد على الخصوص ضرب آخر من ضروب هذا التأمين ، شائع بدوره فى العمل . وهذا هو الـكفالة أو الضمان ، كما يسمى فى بعض الأحيان .

والـكفالة نظام مؤداه أن يوجد التزام يثقل مدين معين ، ثم يأتى شخص أجنبي عن هذا الالتزام ، ويتعهد للدائن بأن يفى له به ، إذا لم يف به المدين نفسه (المـادة ٧٢٢) .

والشبه قوى بين التضامن والـكفالة . إذ أنه بمقتضى كل من النظامين ، يستطيع الدائن أن يستوفى دينه من أشخاص متعددين ؛ حتى إذا ما أعسر أحدهم ، كان فى يسار الباقى أو الباقين مايضمن له الوفاء بحقه . ولـكن الفروق بينهما جد كبيرة مع ذلك . وترتد هذه الفروق إلى أمرين أساسيين يختلف النظامان فيهما . وهذان الأمران هما الآتيان :

أولا : يقوم التضامن فى أساسه على المساواة بين المدينين فى علاقتهم مع الدائن . فكل منهم يعتبر بالنسبة إلى الدائن ، ملتزماً فى المرتبة الأولى الأمر الذى يخول للدائن أن يطالب أيا منهم ، مجتمعين أو منفردين ، بالدين كله ، وأن ينفذ على أمواله فى سبيل اقتضائه ، دون أن يلزم هنا أو هناك بمراعاة أى ترتيب بينهم . أما الـكفالة ، فتقوم على اختلاف مركز كل من المدين والـكفيل . فالأول يلتزم بوفاء الدين فى المرتبة الأولى ، فى حين

أن الثانى لا يلتزم به إلا فى المرتبة الثانية ، بمعنى أنه لا يجبر على وفائه إلا إذا لم يف به المدين نفسه . وهكذا يلتزم الدائن بأن يبدأ بالرجوع على المدين قبل رجوعه على الكفيل . وأن ينفذ على أموال الأول قبل إجرائه التنفيذ على أموال الثانى . فإن بدأ الدائن بالرجوع على الكفيل وحده ، حق لهذا الأخير أن يدفع بوجوب البدء بمطالبة المدين (المادة ٧٨٨/١) ، وإن لجأ إلى التنفيذ على أمواله ، حق له أن يدفع بوجوب قيامه بتجريد المدين من أمواله التى يرشده عنها (المادة ٧٨٨/٢) .

ثانياً : يقوم التضامن على تحمل كل مدين فى مواجهة الدائن بالالتزام بصفة أصلية مستقلة عن الصفة التى يتحمل بالالتزام بها المدينون الآخرون . فالالتزام الذى يتحمل به المدينون المتضامنون ، وإن ظل واحداً لا ينقسم ، إلا أنه يثقل كلا منهم نتيجته علاقة مستقلة تربطه مباشرة بالدائن . ويترتب على ذلك ، كما سيجىء تفصيلا ، أنه لا يسوغ للمدين المتضامن أن يتمسك بالدفوع الخاصة بغيره من المدينين ، كالدفع بنقص أهلية أحدهم أو بعيب شاب رضاه ؛ فله فقط ، إلى جانب الدفوع المتعلقة بالالتزام فى ذاته ، أن يتمسك بالدفوع الخاصة به هو شخصيا . ثم إنه لا يوجــد ثمة ما يمنع من أن يلتزم المدين المتضامن بشروط أقسى وأشد من الشروط التى يلتزم بها غيره ، كما إذا كان التزامه هو باتاً منجزاً ، فى حين أن التزام غيره معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل . بل إنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن ينقضى الالتزام بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين مع استمرار قيامه بالنسبة إلى غيره ، كما إذا أبرأه الدائن دون الباقين ، أو سقط الدين بالتقادم بالنسبة إليه وحده .

أما الكفالة ، فسمتها الأساسية أن التزام الكفيل يجىء بالضرورة تابعاً لالتزام المدين المكفول . لأن محل التزام الكفيل هو ضمان الوفاء بالتزام المدين . ويترتب على ذلك أن كل ما يمس التزام المدين يمس بالضرورة التزام الكفيل ، تطبيقاً لمبدأ التابع يتبع المتبوع أو التابع يتبع الأصل . وتمشياً مع هذه الفكرة ، يسوغ للكفيل أن يتمسك ، فضلا عن الدفوع الخاصة

به شخصياً ، بالدفوع الخاصة بالمدين المكفول (المادة ٧٨٢/١) فله مثلا ، أن يتمسك بنقص أهلية المدين [1] وبالعيوب التي تشوب رضاه . ثم إنه لا يجوز أن تنعقد الكفالة بشروط أقسى وأشد من الشروط التي يلتزم بها المدين ، وإن ساغ أن تنعقد بشروط أخف وأهون (المادة ٧٨٠) . فلا يجوز مثلا ، أن يطالب الدائن الكفيل إذا كان لالتزام المدين اجل لما يحل . حتى لو كان التزامه هو لم يقترن بأجل ، وحتى لو نشأ التزام المدين في الأصل غير مقترن بأجل ثم منح له هذا الأجل فيما بعد . ولا يجوز ، في النهاية ، أن يبقى التزام الكفيل قائماً إذا انقضى الالتزام عن المدين الأصلي ، أياً كان سبب هذا الانقضاء فذمة الكفيل تبرأ بمجرد براءة ذمة المدين (المادة ٧٨٢/١) .

من كل ما سبق يبين أن التضامن ، وإن تشابه مع الكفالة في أن كلا منهما يمنح الدائن تأميناً شخصيا في استيفائه دينه عن طريق تمكينه من استيفائه من أشخاص متعددين، إلا أن الخلاف بينهما جوهري وكبير . وقد تقل شدة هذا الخلاف إذا اتصفت الكفالة بالتضامن ، أي إذا التزم الكفيل بالتضامن مع المدين . ولكن هذا الخلاف حتى في هذه الحالة لا يزول فالكفيل المتضامن في علاقته مع الدائن لا يصل إلى مرتبة المدين المتضامن . إذ أن تضامن الكفيل لا يحرمه في علاقته مع الدائن ، إلا من المزايا الناشئة عن كون التزامه يأتي في المرتبة الثانية بعد التزام المدين . فهو يحرم فقط من حقه في التمسك بوجوب البدء بالرجوع على المدين ومن حقه في التمسك بوجوب تجريد المدين من أمواله قبل التنفيذ على أمواله هو . أما صفة التبعية التي يتسم بها التزام الكفيل بالنسبة إلى التزام المدين المكفول ، فتبقى قائمة لا تمس، برغم التضامن الذي يرد على الكفالة . وبهذا تبقى الفروق التي

---

(١) وذلك مع استثناء الحالة التي تحصل فيها الكفالة بسبب نقص أهلية المدين (المادة ٧٧٧) أنظر مؤلفنا : التأمينات الشخصية والعينية ، نبذة ٣٨ وما بعدها .

تباعد بين التزام المدين المتضامن والتزام الكفيل والتى تنشأ من صفة التبعية التى يتسم بها الثانى ، حتى فى حالة تضامن الكفيل مع المدين [١] .

ويلاحظ أن كل ماذكرناه فى صدد التفرقة بين التزام الكفيل المتضامن والتزام المدين المتضامن ، ينصب على علاقة الكفيل المتضامن بالدائن أما إذا تعدد الكفلاء واشترط التضامن فيما بينهم ، فإنهم يعتبرون فى علاقاتهم مع بعضهم البعض مجرد مدينين متضامنين ، وتطبق عليهم قواعد التضامن كاملة . ذلك لأن الكفلاء ، فى علاقاتهم مع بعضهم البعض ، لا يعتبرون كفلاء ، بل مجرد مدينين بدين معين . هو ضمان الوفاء بالالتزام المكفول [٢] .

١٦٣ — مصدر التضامن

عرفنا مما سبق ما لاتصاف الالتزام بالتضامن من أثر خطير ، يتركز فى بقاء الالتزام واحداً لاينقسم برغم تعدد المدينين أو الدائنين وكان طبيعياً ، والحال هذه أن يتشدد القانون فى وجوده . فجاء يقضى فى المادة ٢٧٩ منه بأن : « التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون » .

وهكذا لا ينشأ التضامن ، إيجابياً كان أو سلبياً ، إلا إذا اشترطه الاتفاق أو قضى به نص خاص فى القانون .

١٦٤ — أولا : اشتراط التضامن بالاتفاق

فالاتفاق هو المصدر الأول للتضامن . وهو المصدر الغالب فى العمل ؛

---

(١) راجع فى التفرقة بين المدين المتضامن والكفيل المتضامن ، مؤلفنا : التأمينات الشخصية والعينية ، نبذة ٧١ .

(٢) أنظر : نقض ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ ، مجموعة القواعد القانونية لأحكام النقض ج ٥ ص ٥٠ رقم ٢٤ .

إذا أن معظم الحالات العملية التى يتقرر فيها التضامن ترتد إلى اشتراطه بين الدائن والمدينين .

والغالب أن يتفق على التضامن فى ذات العقد الذى يولد الالتزام ، كما إذا أقرض شخص مبلغاً من المال لعدة أشخاص آخرين ، واشترط التضامن بينهم فى نفس عقد القرض . ولكن لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتفق الدائن والمدينون على التضامن فى عقد لاحق لنشأة الالتزام الأصلى [1] .

وفى جميع الأحوال يلزم ، للقول بوجود التضامن نتيجة الاتفاق على اشتراطه ، أن يكون هذا الاتفاق قاطعاً فى الدلالة عليه . فإن ثار شك فى استخلاص إرادة الدائن والمدينين حول ما إذا كانت ترتضى التضامن أولا ترتضيه ، وجب أن يؤول لنفيه لا لاقتضائه . فالتضامن ، كما تقول المادة ٢٧٩ ، لا يفترض . إذا هو استثناء يرد على الوضع العادى الذى ينطوى على انقسام الدين عند تعدد المدينين ، والاستثناء لا يفترض ولا يتوسع فى تفسير ما يؤدى إليه .

وعدم افتراض التضامن فى المسائل المدنية حقيقة مسلمة لا يجحدها أحد . أما فى المسائل التجارية ، فقد ثار الخلاف بصدده . فالسائد فى فرنسا فقهاً وقضاء أن عدم افتراض التضامن مقصور على المسائل المدنية دون التجارية . ويبنى الفرنسيون رأيهم هذا على عرف مستقر فى بلادهم من قديم ، حتى قبل وضع مجموعاتهم فى مستهل القرن التاسع عشر . وقد وجد هذا الرأى صداه فى مصر ، حيث قال البعض بأن التضامن فى المسائل التجارية ، بخلاف الحال

---

(١) وفى هذه الحالة ، يحصل تجديد للالتزامات التى نشأت منقسمة بالتزام موحد يتصف بالتضامن . فإذا أقرض زيد مثلا ، ٣٠٠ جنيه لكل من بكر وخالد وعمر ، دون أن يشترط التضامن بينهم ، نشأت ثلاثة التزامات لا واحد فحسب ؛ إذ أن كلا من المقترضين يتحمل بدين قدره ١٠٠ جنيه . فإذا اتفق بعد ذلك زيد مع كل من بكر وخالد وعمر على اشتراط التضامن بينهم فى مبلغ الـ ٣٠٠ جنيه ، فإن مؤدى هذا الاتفاق هو زوال الديون الثلاثة التى يبلغ مقدار كل منها ١٠٠ جنيه ، وحلول دين موحد محلها قدره ٣٠٠ جنيه يلتزم به كل من المدينين الثلاثة على سبيل التضامن .

فى المسائل المدنية ، يفترض ، بحيث أنه يتحتم القول بوجوده فيها إلا إذا اتفق ذوو الشأن على استبعاده . فإذا اشترى ثلاثة تجار ، مثلا ، بضاعة ، اعتبروا ، بحسب الرأى الذى نعرضه ، متضامنين فى الوفاء بالثمن ، ما لم يوجد شرط يقضى باستبعاد تضامنهم . والرأى الذى يقول بافتراض التضامن فى المسائل التجارية يبدو لنا على غير أساس ، بالنسبة إلى قانوننا المصرى . فسند هذا الرأى فى فرنسا ، وهو العرف التجارى المستقر ، لا يوجد لدينا ، على الأقل بالنسبة لافتراض التضامن فى المسائل التجارية كمبدأ عام . ثم إن التقنين التجارى نص على التضامن فى حالات خاصة ، وما كان له أن يفعل ذلك ، لو أن التضامن فيه مفترض بدون حاجة إلى نص خاص . وفضلا عن كل ذلك جاء تقنيننا المدنى قاضياً ، على وجه العموم والشمول ، بأن التضامن لا يفترض ، من غير أن يستثنى المسائل التجارية من حكمه ، فى حين أنه كثيراً ما يستثنى المسائل التجارية من الحكم الذى يقضى به إذ تبين التغاير بينها وبين المسائل المدنية بالنسبة إليه . من كل هذا نخلص إلى أن عدم افتراض التضامن يسرى فى الوقت الحاضر ، بالنسبة إلى المسائل المدنية والتجارية على السواء[1].

وإذا قلنا إن التضامن لا يفترض ، فليس معنى ذلك وجوب اشتراطه بصيغة معينة أو بألفاظ خاصة[2]. فالمسألة لا تعدو أن تكون مسألة تفسير لمعرفة نية المتعاقدين ؛ وهى مسألة لقاضى الموضوع الحرية فى تقديرها . كل ما يلزم هو أن يكون الشرط قاطعاً فى دلالته على التضامن من غير أن يكتنفه شك فى ذلك .

(١) وقد تضمن مشروع القانون التجارى الموحد لاقليمى الجمهورية ، مصر وسوريا ، والذى يعد الآن ، نصاً يقضى بافتراض التضامن فى المسائل التجارية .

(٢) وقد حكم بأن استعمال لفظ «غروم» لا يفيد التضامن (استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٠٨ ب ٢٠ ص ٢٠٢) . وقضت محكمة بنى سويف الابتدائية فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٢٩ (المحاماة س ٩ رقم ٩٠٥ ص ١١١٥) بأن عبارة « ضمان المستأجر فى سداد مبلغ الأجرة وكل ما يتأخر طرفه ضمانة حضور وغروم وإلزام كشخصه » الواردة فى ذيل عقد الإيجار تفيد رغبة الموقع عليها فى الالتزام ككفيل متضامن .

بل إنه لا يلزم ، للقول بالتضامن أن يكون هناك شرط صريح يقضى به فيكفى أن يستخلص الرضاء به ضمنا من ظروف الحال . مادامت تلك الظروف قاطعة فى الدلالة عليه[1]

١٦٥ — ثانيا : تقرير التضامن بنص فى القانون

لا ينشأ التضامن من الاتفاق وحده . فقد يقضى به القانون مباشرة بنص خاص . وهو يفعل ذلك فى الحالات التى يرى فيها الدائن جديراً برعايته ، فيفرض التضامن على مدينيه ، رغبة منه فى توفير الضمان له فى استيفاء حقه .

والنصوص التى تقرر التضامن بين المدينين ليست قليلة . وهى متناثرة فى التقنينات والتشريعات المختلفة . ونسوق منها ، على سبيل المثال : نص المادة ١٦٩ الذى يقضى بأنه : « إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر . . » ونص المادة ٦٥١ الذى يقرر التضامن بين المهندس والمقاول المعمارى بالنسبة إلى تعويض الضرر الناشىء عن تهدم المبانى والمنشآت التى يشتركون فى تشييدها خلال عشر سنوات . ونص المادة ١٩٢/٣ الذى ينص على أنه : « ٣ — إذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد ، كانوا متضامنين فى المسئولية » . ونص المادة ٧٠٧ الذى يقضى بتضامن الوكلاء عند تعددهم . ونص المادة ٧٠٨ الذى يقضى بتضامن الوكيل ونائبه عن عمل هذا الأخير ، إذا حصلت تلك النيابة بدون ترخيص من الموكل . ونص المادة ٧٩٥ الذى يقول : « فى الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين »[2] . وكل الأمثلة السابقة مستقاة من التقنين

---

(١) أنظر نقض ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ ، مجموعة القواعد القانونية لأحكام النقض س ٣ رقم ١٤٢ ص ٤٨٨ .

(٢) وهنا يقع تضامن الكفيل القانونى أو القضائى مع المدين ومع غيره من الكفلاء إذا تعددوا . أنظر مؤلفنا : التأمينات الشخصية والعينية ، نبذة ٢٠ .

المدنى . وتوجد فى التقنينات الأخرى ، لاسيا التقنين التجارى ، أمثلة أخرى عديدة [1] .

وفى جميع الأحوال التى ينص القانون فيها على التضامن ، لا يسوغ التوسع فى تفسير النص ولا يسوغ القياس على حكمه . إذ التضامن ، كما بيننا ، استثناء ؛ والاستثناء لا يفترض ولا يتوسع فى تفسير ما يؤدى إليه .

١٦٦ — آثار التضامن

بينا فيما سبق مصدر التضامن . وعلينا هنا أن نحدد آثاره إذا ما وجد . وهو ينتج آثاراً فى العلاقة بين الدائن والمدينين المتضامنين ، وآثاراً أخرى بين المدينين فيما بينهم وبين بعض . ونتناول هذين النوعين من الآثار ؛ وذلك فيما يلى :

١٦٧ — (١) آثار التضامن فى علاقة الدائن بالمدينين

ترجع الآثار التى تتولد عن التضامن السلبى فى العلاقة بين الدائن والمدينين إلى مبادىء ثلاثة أساسية : وحدة الدين وتعدد الروابط وقيام نيابة تبادلية بين المدينين فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم . ونتناول كلا من هذه المبادىء على حدة ، مستخلصين النتائج المترتبة عليه .

١٦٨ — أولا : وحدة الدين

الأساس الأول الذى يقوم عليه التضامن ، فى العلاقة بين الدائن والمدينين المتضامنين ، هو وحدة الدين . فالتضامن ، كما بينا ، يحول دون انقسام الدين على المدينين المتضامنين ، فى علاقتهم مع الدائن . فيبقى هذا الدين واحداً ،

---

(١) ففى التقنين التجارى نسوق المواد ٢٢و٢٣و٢٩و٣٠ التى تقرر التضامن بين الشركاء فى شركة التضامن وشركة التوصية ، والمادة ٥٧ التى تقرر التضامن بين مديرى الشركات المساهمة ، والمادة ٢٥٤ التى تقرر التضامن بين وكلاء التفليسة عند تعددهم . وفى تقنين المرافقات ، تقرر المادة ٣٥٧ التضامن فى مصروفات الدعوى . وفى التقنين الجنائى ، تقرر المادة ٤٤ التضامن فى استيفاء الغرامات النسبية .

وإن أثقل كلا من المدينين . وهكذا يلتزم كل مدين ، فى مواجهة الدائن بالدين كاملا غير منقسم . ثم إن المدينين جميعاً وكل واحد منهم يلتزمون إزاء الدائن بأداء نفس الشيء . وتترتب على هذه الفكرة النتائج الهامة الآتية :

١ — للدائن أن يطالب كلا من المدينين المتضامنين وأى واحد منهم بالدين كاملا . وهذا ما يخول له أن يوجه مطالبته ، بالنسبة إلى الدين بأسره ، إلى المدينين جميعهم أو إلى بعضهم ، مجتمعين أو منفردين . فللدائن هنا الخيار المطلق ؛ هو يختار المدين الذى يرجع عليه بدينه كاملا . وفى ذلك تقضى المادة ١/٢٨٥ بأنه : « ١ — يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين . . . . » .

فإذا كان ثمة دين مقرر لصالح (ا) مقداره ٣٠٠ جنيه ، مثلا ، والتزم به كل من (ب) و (ج) و (د) بالتضامن ، حق للدائن (ا) أن يوجه مطالبته إلى جميع مدينيه أو إلى أى واحد منهم . وفى جميع الأحوال يسوغ للدائن أن يطلب الحكم على كل واحد من المدينين الذى يرجع عليه بمقدار الدين كاملا ، أى بثلاثمائة جنيه ، وأن ينفذ على أمواله استيفاء لهذا القدر كله ، مع ملاحظة ألا ينال أكثر من مقدار الدين بطبيعة الحال وإذا وجه الدائن مطالبته إلى أحد المدينين، بالنسبة إلى الدين كله ، ما ساغ لهذا الأخير أن يدفع بتقسيم الدين عليه وعلى زملائه ؛ إذ هو يلتزم ، فى مواجهة الدائن بالدين كاملا غير منقسم . وإذا وجه الدائن مطالبته إلى أحد المدينين ، ثم لم يفلح فى استيفائه الدين منه كله أو بعضه ، حق له أن يعود لمطالبة المدينين الآخرين ، وأى واحد منهم يشاؤه ، بما بقى من الدين[1] .

هذا هو الأثر الأساسى الذى يرتبه التضامن بين المدينين . وهو لبه ومعقل القوة فيه . فبه يأمن الدائن خطر إعسار بعض مدينيه . إذ أنه يستطيع اقتضاء حقه كاملا مادام واحد فقط من مدينيه موسراً مقتدراً .

(١) وهذا بخلاف الحكم فى القانون الرومانى ، حيث كان يقرر أن مخاصمة الدائن لأحد المدينين وحده تبرىء ذمة الباقين .

وإذا مات أحد المدينين المتضامنين ، فإن موته لا يمنع الدائن من أن يطالب تركته بكل الدين . فإن وزعت أمواله على ورثته قبل تسوية ديونه ، حق للدائن أن ينفذ على أى من هذه الأموال بالدين كله ، دون أن يكون للوارث الذي يوجد هذا المال فى يده وجه قانونى لدفع هذا التنفيذ . ويلاحظ أن هذا الحكم لا يتفق مع نظام المتضامن . إذ أن مؤدى هذا النظام ألا يحول دون انقسام الدين بين الورثة ، بخلاف الحكم فى الحالة التى يكون فيها الالتزام غير قابل للانقسام . وقد أخذ قانوننا بهذه الفكرة فى التضامن الإيجابى ، حيث قرر أن الحق ينتقل إلى ورثة الدائن المتضامن منقسما بينهم بنسبة أنصابهم فى التركة (المادة ٢/٢٨٠) . وكان من شأن منطق المتضامن أن يعمل بهذه الفكرة أيضاً فى التضامن بين المدينين ، فينقسم الدين على ورثة المدين[1] . وإنما حال دون الأخذ بها فى قانوننا المبدأ الأساسى الذى يقوم عليه توزيع التركات عندنا ، وهو مبدأ : « لا تركة إلا بعد سداد الديون »[2] . فالتركة تبقى قائمة دون أن توزع أموالها على الورثة ، حتى تسدد جميع ديون المتوفى . وهكذا تبقى التركة مثقلة بالدين التضامنى كاملا إلى أن ينقضى .

٢ — والأثر الثانى الذى يترتب على وحدة الدين هو أن وفاء من أحد المدينين المتضامنين يبرىء الباقين فى علاقتهم مع الدائن . فالدائن ، وإن تعدد مدينوه ، ليس له إلا حق واحد . فإن جاء أحد المدينين ووفاه له ، انقضى حقه ، وبرئت ذمة المدينين جميعاً فى علاقتهم به . وفى ذلك تقضى المادة ٢٨٤

---

(١) وهذا هو الحكم المقرر فى القانون الفرنسى ، حيث يوزع الدين التضامنى على ورثة المدين المتضامن بنسبة انصبائهم فى التركة .

(٢) تضمنت المادة ٢/٤٠٨ من المشروع التمهيدى نصاً يقضى بانقسام الدين التضامنى على ورثة المدين المتضامن ، تمشياً مع منطق نظام التضامن ؛ إذا جاءت هذه المادة تقول : « ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد المدينين المتضامنين ، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام » . ولكن حكم هذا النص يتنافى عن المبدأ الذى استقيناه من الشريعة الاسلامية وجعلناه أساساً لتوزيع التركة ، وهذا هو مبدأ لا تركة إلا بعد سداد الديون . ومن أجل ذلك حذف فى لجنة المراجعة ، وجاء فى تبرير حذفه أنه لا يتفق مع أحكام الشريعة الاسلامية فى الميراث . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٣ ص ٦٣ .

بأنه : « إذا كان التضامن بين المدينين فإن وفاء أحدهم بالدين مبرىء لذمة الباقين » .

وغنى عن البيان أن ذمة المدينين لا تبرأ ، فى علاقتهم مع الدائن ، إلا إذا كان الوفاء الحاصل منهم أو من بعضهم كاملاً . فإن كان هذا الوفاء جزئياً ، بمعنى أن الدائن لم يأخذ إلا جزءاً من دينه ، ما برئت ذمة المدينين ، إلا بنسبة الجزء المدفوع من الدين .

ويأخذ حكم الوفاء بالدين التضامنى انقضاؤه بالأسباب التى تعادل الوفاء ، أى الأسباب التى يستوفى فيها الدائن حقه عن طريق آخر غير أداء نفس موضوع الالتزام .

ومن أسباب الانقضاء التى تعادل الوفاء تجديد الالتزام بآخر يحل محله . فهنا يعتبر الدائن أنه استوفى دينه القديم عن طريق استبداله بدين جديد يحل محله . وهكذا فالأصل فى تجديد الالتزام التضامنى الذى يرتضيه أحد المدينين أن يترتب عليه براءة ذمة الباقين . والسبب فى ذلك أن التجديد ينهى الالتزام القديم ، اعتباراً بأن الدائن قد استوفاه ، عن طريق ثبوت حقه الجديد الذى حل محل الالتزام القديم . وتستثنى من الحكم السابق الحالة التى يرتضى فيها المدينون الالتزام بالدين الجديد ، إذ أن رضاءهم هذا يجعلهم ملتزمين بهذا الدين . وتستثنى من هذا الحكم أيضاً الحالة التى يشترط فيها الدائن ، عند قبول التجديد المبرم بينه وبين أحد المدينين ، الاحتفاظ بحقه قبل باقيهم ؛ فنى هذه الحالة ، يعتبر التجديد مقصوراً على الدين التضامنى فى العلاقة بين الدائن والمدين الذى ارتضاه ، فلا يمس هذا الدين فى العلاقة بين الدائن وبين المدينين الآخرين . وقد ركز المشرع حكم التجديد الذى يرد على الالتزام التضامنى بقوله فى المادة ٢٨٦ بأنه « يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم » .

ومن أسباب انقضاء الالتزام التى تعادله الوفاء أيضاً المقاصة . والمقاصة

نظام مؤداه أن يكون ثمة شخصان كل منهما دائن للآخر ومدين له فى نفس الوقت . فيتقاص الدينان ، بمعنى أنهما ينقضيان فى حدود الأقل منهما .
ويختلف أثر المقاصة . بالنسبة إلى الدين التضامنى ، باختلاف ما إذا كان المدين المتضامن يتمسك بها نتيجة كونه هو بدوره دائنا للدائن ، أم أنه يتمسك بها نتيجة أن لأحد غيره من المدينين المتضامنين حقاً على الدائن .

فإن طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين ، وكان لهذا دين عليه ، حق له (للمدين المتضامن) أن يتمسك فى مواجهته بالمقاصة بالنسبة إلى كل دينه ؛ فإن كان دينه يبلغ فى مقداره مقدار الدين التضامنى أو يزيد عليه ، برئت ذمته من الدين كله ، وبرئت ذمة المدينين المتضامنين معه فى علاقتهم مع الدائن ، مع ثبوت الحق لمن تمسك بالمقاصة بأن يرجع على كل منهم فيما بعد بنصيبه فى الدين . والسبب فى ذلك أن الدائن يعتبر هنا أنه استوفى الدين التضامنى عن طريق تحرره من الدين الذى كان عليه للمدين الذى رجع عليه والذى تمسك قبله بالمقاصة . فإن كان (ا) ، مثلا دائنا لكل من (ب) و (حـ) و (ى) بدين قدره ٣٠٠ جنيه التزموا به على سبيل التضامن ، ثم طالب (ا) دينه من (ب) ، وكان (ب) يداين بدوره (ا) بدين يبلغ مقداره ٣٠٠ جنيه أو يزيد ، حق لـ (ب) أن يتمسك بوقوع المقاصة بين الدين التضامنى الذى عليه والدين الذى له على الدائن (ا) ، فتبرأ ذمته وتبرأ معها ذمة المدينين المتضامنين فى علاقتهم مع الدائن .

أما إذا طالب الدائن مدينا متضامنا ، ولم يكن هذا المدين يداينه ، ولكن كان هناك مدين متضامن آخر يداين الدائن ، فى هذه الحالة لا يسوغ للمدين المطالب أن يتمسك بوقوع المقاصة بين الدين التضامنى والدين الثابت ضد الدائن لصالح المدين المتضامن الآخر ، إلا فى حدود حصة هذا الأخير من الدين التضامنى . فى المثال الذى ذكرناه حالا ، إذا وجه (ا) مطالبته إلى (حـ) أو إلى (ى) ، ما كان لهذا أو لذاك أن يتمسك بوقوع المقاصة بين الدين التضامنى والدين الذى يلتزم به (ا) لصالح (ب) ، إلا فى حدود

حصة (ب) من الدين التضامني ، أي في حدود ١٠٠ جنيه ، ويبقى ملتزما بأن يدفع للدائن الباقي بعد ذلك من الدين ، أي ٢٠٠ جنيه . وقد تضمنت المادة ٢٨٧ هذا الحكم بقولها : « لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر إلا بقدر حصة هذا المدين » .

مما سبق يبين أن تمسك المدين المتضامن بالمقاصة يختلف باختلاف ما إذا كان يتمسك بها في مقابل دين ثابت له على الدائن ، أو ما إذا كان يتمسك بها في مقابل دين ثابت على هذا الأخير لمدين متضامن غيره . ففي الحالة الأولى ، يجوز للمدين التمسك بالمقاصة في حدود الدين الذي له . حتى إذا ما بلغ هذا الدين في مقداره الدين التضامني أو زاد عليه ، برئت ذمته من الدين التضامني كله ، وبرئت أيضاً ذمة المدينين المتضامنين معه في علاقتهم مع الدائن . أما في الحالة الثانية ، فلا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بوقوع المقاصة بين الدين التضامني والدين الذي على الدائن لمدين متضامن آخر ، إلا في حدود حصة هذا الأخير من الدين التضامني .

وعلة التفرقة في الحالتين أن المقاصة لا تقع بقوة القانون ، بل يلزم لذلك أن يتمسك بها من له مصلحة فيها (المادة ٣٦٥) . فإذا فرضنا ، كما هو الحال في المثال السابق ، أن (ا) يداين على سبيل التضامن كلا من (ب) و (حـ) و (د) بمبلغ ٣٠٠ جنيه ، ثم أصبح (ب) بدوره دائناً لـ (ا) بمبلغ ٣٠٠ جنيه أو أكثر ؛ ففي هذه الحالة لا تقع المقاصة بين الدين التضامني الثابت لـ (ا) والدين الثابت لـ (ب) على (ا) بقوة القانون . بل يبقى الدينان قائمين حتى يتمسك بوقوع المقاصة بينهما (ا) أو (ب) . فإذا طالب (ا) من (ب) أن يدفع له الدين التضامني ، وتمسك (ب) بالمقاصة ، انقضى الدينان كلاهما . أما إذا طالب (ا) الوفاء من (حـ) أو من (د) ، ما كان لهذا أو لذاك ، بحسب الأصل ، أن يتمسك بالمقاصة بين الدين التضامني والدين الثابت لـ (ب) على (ا) . لأن مؤدى التضامن أنه إذا رجع الدائن على أحد المدينين ، فإنه لا يسوغ للمدين

المرجوع عليه أن يحيل الدائن على مدين آخر غيره ليستوفى منه الدين أو حتى جزء منه ، بل يلتزم بأن يدفع هو إليه الدين كاملا . وهذا هو الحكم الذى يقرره بالفعل القانون الفرنسى، حيث نص فى المادة ١/١٢٩٤ على أنه : «لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة بما يلتزم به الدائن لمدين متضامن معه» . ولكن قانوننا لاحظ وبحق أنه إذا رجع الدائن (ا) على (ح) أو (ى) فى مثالنا السابق، واستوفى منه كل الدين، فإنه يجوز للموفى، كما سيجىء تفصيلا فيما بعد، أن يرجع على (ب) بحصته من الدين، أى بمبلغ ١٠٠ جنيه، وهنا يعود (ب) فيطالب (ا) بالدين الذى له عليه . من أجل ذلك منح قانوننا للمدين المتضامن (ح أو د فى مثالنا) ، أن يتمسك بالمقاصة بدين المدين المتضامن الآخر (ب فى مثالنا) ، فى حدود حصة هذا الأخير من الدين التضامنى ، أى ١٠٠ جنيه ، درءاً للتعقيد وتطويل الإجراءات ؛ فبذلك ينقضى الدين التضامنى فى حدود حصة (ب) منه ، أى فى حدود ١٠٠ جنيه ويصير ٢٠٠ جنيه ؛ فإذا دفع (ح) ، مثلا ، هذا القدر ، ما حق له أن يرجع بعد ذلك على (ب) بشىء ما ؛ لأن (ب) يعتبر أنه تحمل حصته من الدين التضامنى نتيجة وقوع المقاصة بين هذا الدين والدين الذى ل (ب) على (ا) فى حدود تلك الحصة . ويبقى ل (ح) أن يرجع على (د) بحصته من الدين، أى بمبلغ ١٠٠ جنيه . وهكذا نصل إلى أن كلا من (ب) و (ح) و(د) يتحمل بحصته من الدين ، أى بمائة جنيه .

٣ — رأينا فيما سبق أنه يترتب على وحدة الدين التضامنى أنه يجوز للدائن أن يطالب المدينين ، وأى واحد منهم ، مجتمعين أو منفردين ، بالدين كله ، وأنه إذا استوفى الدائن حقه من أحد المدينين أو إذا استحصل عليه نتيجة التجديد أو المقاصة، فإن ذمة المدينين جميعا تبرأ فى علاقتهم مع الدائن ،

مع حفظ حق المدين الذى تحمل غرم الدين فى الرجوع على الباقين . والأثر الأساسى الثالث الذى يترتب على وحدة الدين فى العلاقة بين الدائن والمدينين هو ثبوت الحق لكل مدين فى التمسك بالدفوع المتعلقة بالالتزام التضامنى فى ذاته .

فمادام الالتزام التضامنى ديناً واحداً ، فإن كل دفع يتعلق به فى ذاته يخص كل مدين ، ويسوغ له بالتالى أن يتمسك به . وقدتضمنت المادة ٢٨٥/٢ هذا الحكم بقولها فى آخرها أنه يجوز للمدين المتضامن أن يحتج ، فضلا عن أوجه الدفع الخاصة به ، بالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً »[1] .

والدفوع المتعلقة بالالتزام فى ذاته التى يجوز لكل من المدينين التمسك بها عديدة متنوعة ، وهى تختلف باختلاف الأحوال . وهى إما تتعلق بالالتزام فى وجوده او فى اتصافه بوصف يغير من أثره أو فى انقضائه أو فى نفاذه . ومثال الدفع المتعلق بالالتزام فى وجوده ذاك الناشىء عن عدم مشروعيه محله كما إذا التزم المدينون بالوفاء بدين القمار ، وذاك الناشىء عن تخلف الرسمية عن العقد الذى ينسب إليه الالتزام عند لزومها ، كما إذا وهب عدة أشخاص عقاراً يملكونه بعقد عرفى ، وكذلك الدفع المتعلق بفسخ العقد الذىولدالالتزام . أما الدفع المتعلق بأوصاف الالتزام، فمثاله أن يعلق وجود الالتزام ذاته على شرط لما يتحقق أو يقترن الوفاء به بأجل لما يحل . ومثال الدفع المتعلق بانقضاء الالتزام، أن يكون الوفاء به قد حصل من المدينين المتضامنين أو من أى واحد منهم . ومثال الدفع المتعلق بنفاذ الالتزام أن يكون الدائن محملا بالتزام مقابل ناشىء من نفس العقد ، كما إذا باع شخص شيئاً لعدة مشترين متضامنين ، ثم طالبهم بالثمن ، دون أن يكون هو قد سلم المبيع إليهم .

---

(١) ويلاحظ أن الأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً تشمل نوعين من الدفوع :

١ — دفوع تتعلق بالالتزام فى ذاته ، كالدفع ببطلان الالتزام لانعدام محله أولعدم مشروعيته أو الدفع ببطلان العقد الذى ولد الالتزام لتخلف الرسمية عند لزومها .

٢ — ودفوع تتعلق بالمدينين ، ولكنهم يشتركون فيها جميعهم ، كما إذا كانوا جميعاً ناقصى الأهلية عند ارتضائهم الدين ، أو كانوا حينئذ ضحية لعيب من عيوب الرضا .

١٦٩ — ثانياً : تعدد الروابط

تكلمنا فيما سبق فى المبدأ الأول الذى يقوم عليه التضامن فى العلاقة بين الدائن والمدينين المتضامنين ، وهو مبدأ وحدة الدين ، وحددنا النتائج الهامة المترتبة عليه . ونتناول هنا المبدأ الثانى الذى يقوم التضامن عليه ، وهو تعدد الروابط التى تجمع بين الدائن ، من ناحية ، وبين كل من المدينين ، من ناحية أخرى .

فالدين التضامنى ، وإن كان واحداً ، إلا أنه يثقل عدة مدينين . وهو يثقل كل مدين نتيجة علاقة تربطه مباشرة بالدائن ، استقلالا عن العلاقة التى تربط هذا الدائن بأى مدين متضامن آخر . من هنا نشأ مبدأنا ، وهو تعدد الروابط التى تجمع الدائن بالمدينين المتضامنين واستقلالها بعضها عن البعض الآخر . ويترتب على هذا المبدأ نتائج بالغة الأهمية ، هى الآتية :

١ — قد تتعيب الرابطة التى تجمع الدائن بأحد المدينين بعيوب خاصة بها ، مع بقاء الروابط الأخرى التى تجمع الدئن بكل من المدينين الآخرين سليمة خالية من تلك العيوب . فلكل رابطة عيوبها الخاصة بها . وعيوب رابطة معينة لا تنضح على رابطة أخرى . فإذا كان أحد المدينين ، عند ارتضائه الالتزام التعاقدى ، ناقص الأهلية أو جاء رضاؤه مشوبا بالغلط أو الإكراه أو التدليس ، اعترى الفساد رابطته وحده ، دون أن يمس روابط الآخرين . ويترتب على ذلك أن العقد يصبح قابلا للابطال بالنسبة إلى ذلك المدين وحده ، مع بقائه سليماً بالنسبة إلى الباقين . وإذا تمسك ذلك المدين بالإبطال وحكم له به ، زال الالتزام بالنسبة إليه وحده ، وبقى كل من الآخرين ملتزماً بالدين كله .

٢ — قد تتصف رابطة أحد المدينين بالدائن بوصف خاص بها لا تشاركها فيه الروابط الأخرى المتعلقة بغيره ، وسواء فى ذلك أن ينشأ الوصف عند نشأة الالتزام ، أم فى تاريخ لاحق . فلا يوجد ثمة ما يمنع من أن يعلق

الالتزام بالنسبة لأحد المدينين على شرط أو أن يقترن بأجل ، مع بقائه باتاً منجزاً بالنسبة إلى الآخرين . كما أنه يسوغ ، إذا نشأ الالتزام غير مقترن فى الأصل بأجل ، أو نشأ مقترناً بأجل ثم انقضى ، أن يمنح الدائن أجلا لأحد المدينين دون غيره ويجوز فى النهاية أن يكون الالتزام مقترناً بأجل ثم ينقضى هذا الأجل بالنسبة إلى أحد المدينين وحده ، مع بقائه قائماً بالنسبة إلى الآخرين كما إذا نزل هذا المدين عنه أو سقط بالنسبة إليه بسبب خاص به كإعساره أو إفلاسه . المهم فى كل ذلك أنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن تتغاير الروابط التى تجمع كل مدين بالدائن ، بالنسبة للأوصاف التى ترد عليها . وقد تضمنت المادة ١/٢٨٥ هذا الحكم ، فبعد أن منحت للدائن الحق فى مطالبة كل مدين بالدين بأسره ، مجتمعين أو منفردين ، استطرت تقول : « ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الالتزام » . وفى هذه الحالة ، تتحدد مطالبة الدائن لكل مدين بالأوصاف الخاصة به . فإذا كان الالتزام مقترناً ، مثلا ، بأجل يخص أحد المدينين وحده ، ما ساغ للدائن أن يطالب هذا المدين قبل حلوله ، مع ثبوت حقه فى مطالبة كل من المدينين الآخرين فوراً .

٣ — لا يوجد ثمة ما يمنع من أن ينقضى الالتزام التضامنى بالنسبة لأحد المدينين مع بقائه قائماً بالنسبة إلى الآخرين ، بعد استنزال حصة المدين الذى انقضى الالتزام بالنسبة إليه . ويكون ذلك فى كل حالة يمس فيها سبب الانقضاء علاقة أحد المدينين وحدها . ومثاله أن يبرىء الدائن أحد المدينين من الدين دون الباقين ، أو ينقضى هذا الدين بالتقادم بالنسبة إليه وحده . ففى هذه الحالة ، يبقى الدين قائماً بالنسبة إلى الباقين ، بعد استنزال حصة المدين الذى أبرىء أو الذى تقادم الدين بالنسبة إليه . وسنعود فيما بعد إلى الكلام تفصيلا فى أسباب انقضاء الالتزام التضامنى .

٤ — بينا فيما سبق أن يترتب على تعدد الروابط التي تجمع بين الدائن ، من ناحية ، وبين كل من المدينين المتضامنين ، من ناحية أخرى ، إمكان اختلاف تلك الروابط فيما يعتريها من الأمور المتعلقة بوجودها وصحتها أو بالأوصاف التي ترد عليها أو بانقضائها . والنتيجة المنطقية لذلك هو أنه يثبت لكل مدين أنه يتمسك وحده بأوجه الدفع المتعلقة بالرابطة الخاصة به ، ولا يشاركه فيها غيره. فإذا تعيبت رابطه أحد المدينين بعيب خاص بها ، كما إذا ارتضى الالتزام حالة كونه ناقص الأهلية أو حالة كونه ضحية لعيب من عيوب الرضا ، ثبت له وحده الحق فى التمسك بنقص أهليته أو بالعيب الذى شاب رضاءه . فلا يسوغ لغيره من المدينين أن يتمسك بأحد هذين الدفعين ، حتى لو ابتغى بالتمسك بهما استنزال حصة المدين الذى تعيبت رابطته فهذه الحصة لا تستنزل ، كما بينا ، ويبقى الدين كاملا بالنسبة إلى المدينين الذين لم تتعيب الروبط الخاصة بهم ، وإن فقدوا حق الرجوع على ذاك الذى يتقرر إبطال الالتزام بالنسبة إليه بحصته منه . وإذا اتصف الالتزام ، بالنسبة إلى أحد المدينين بوصف معين ، كما إذا اقترن بأجل ، كان لهذا المدين دون غيره أن يدفع مطالبة الدائن له إذا أجريت قبل حلول الأجل ؛ أما الباقون ، فلا يستطيعون التمسك بهذا الدفع . المهم فى كل ما سبق أنه يثبت لكل مدين أن يتمسك بالدفوع الناتجة من العلاقة الخاصة به ولا يشاركه فيها غيره . وقد ركز المشرع هذا الحكم فى المادة ٢/٢٨٥ التي تقضى بأنه : « ٢ — ولا يجوز للمدين الذى يطالب الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً » .

هكذا يبين أن الدفوع التي يتمسك بها المدينون المتضامنون فى مواجهة دائنهم نوعان : (الأول) دفوع متعلقة بالالتزام فى ذاته . وهى دفوع يشترك الجميع فى التمسك بها . إذ أن الدين واحد ، وكل ما يمسه فى حد ذاته يخص كل مدين . (الثانى) دفوع خاصة بأحد المدينين لتعلقها بالرابطة التي تجمع بينه وبين

الدائن . ولا يسوغ لغيره أن يتمسك بها . إذ أن الدين ، وإن كان واحداً ، إلا أنه يثقل المدينين نتيجة روابط متعددة مستقلة .

١٧٠ — ثالثاً : النيابة التبادلية بين المدينين

المبدأ الثالث الذى يقوم التضامن السلبي عليه هو قيام نيابة تبادلية قانونية بين المدينين ، بمعنى أن كل مدين يعتبر نائباً عن غيره فيما يجريه ، وأنه يستمد نيابته هذه من القانون مباشرة .

والنيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين من خلق القانون الفرنسى القديم . وقد قصد بها ، فى أصل نشأتها ، منفعة الدائن ، إذ كان يستهدف بها توفير الإجراءات التى يتخذها ضد مدينيه ، فبدلا من أن يوجه هذه الإجراءات إلى كل هؤلاء ، كان يكتفى منه بأن يوجهها إلى أحدهم ، حتى إذا ما فعل ، اعتبر أنه وجهها إلى الجميع ، اعتباراً بأن المدين الذى وجهت تلك الإجراءات إليه ، كان فى ذلك أصيلا عن نفسه ونائباً عن الباقين . ثم اتسع نطاق النيابة التبادلية ، حتى شمل ، إلى جانب ما فيه نفع للدائن ، وبالتالى ضرر للمدينين ، ما يؤدى إلى فائدة هؤلاء الأخيرين ، كما إذا تصالح أحدهم مع الدائن على نزوله عن جزء من الدين ، وكما إذا استصدر حكما ضده . هكذا عمت النيابة التبادلية ، وأصبحت ترد على ما ينفع المدينين وما يضرهم على حد سواء .

وقد أخذت مجموعة نابليون ، ومن بعدها قانوننا المصرى القديم ، بفكرة النيابة التبادلية بين المدينين ، بالنسبة إلى مظهريها كليهما ، أى فيما ينفع المدينين وفيما يضرهم على حد سواء . فى ظلهما ، يعتبر الإعذار الموجه من الدائن إلى أحد المدينين ، مثلا ، موجها للجميع . وكذلك الحال بالنسبة إلى رفع الدعوى والحكم فيها . وكل ما يستثنى من فكرة النيابة التبادليه ، تحت ظل هذين التقنينين ، إلى جانب العمل الذى يقوم على التواطؤ بين الدائن وأحد المدينين ، هو العمل الذى يترتب عليه زيادة عبء الالتزام ، كما إذا ارتضى أحد المدينين النزول عن الأجل أو ارتضى دفع فوائد لم تكن مشترطة

أو الزيادة على الفوائد المتفق عليها . فبالنسبة إلى هذه الأفعال التي تزيد من عبء الالتزام . لا تقوم النيابة التبادلية ، ويعتبر المدين عند إتيانها أنه يمثل نفسه فقط ، فلا تسرى على الباقين إلا إذا أقروها[1] .

وتمشى قانوننا المدنى الحالى ، بالنسبة إلى فكرة النيابه التبادلية بين المدينين المتضامنين . مع سنة التطور . فهو إن أخذ بتلك الفكرة ، إلا أنه ضيقها وحد من نطاقها ، قاصراً إياها على ماينفع المدينين ، دون ما يضرهم . فقانوننا يستبعد فكرة النيابة التبادلية ، حيث يسىء إعمالها إلى مركز المدينين المتضامنين ، ويبقى عليها حيث يؤدى إعمالها إلى نفعهم . هكذا تحول أساس فكرتنا من النقيض إلى النقيض ، فبعد أن ابتدعت لتوفير النفع للدائن عن طريق تقوية ضمانه ، أصبحت تحت ظل قانوننا الحالى ، تستهدف فائدة المدينين . ولاشك فى أن هذا المسلك من مشرعنا يتفق مع النزعة الإشتراكية التي تقتضى العمل على ما فيه مصلحة الجانب الضعيف ، وهو هنا جانب المدينين .

هكذا يبين أن التضامن السلبي فى قانوننا الحالى يقوم على فكرة النيابة التبادلية بين المدينين فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم . فكل عمل أو إجراء يؤديه المدين ويكون من شأنه أن ينفعه وينفع غيره من المدينين ، لا يقتصر نفعه عليه وحده ، بل يعم على الباقين ، اعتباراً بأنه عند إجرائه كان أصيلا عن نفسه ونائباً عن غيره . أما إذا كان من شأن الإجراء الذى يتخذه أحد المدينين ، أو يتخذه الدائن ضده ، أن يضر بباقى المدينين ، فإنه لا يسرى على هؤلاء ، لاعتبار أن المدين لم يكن يمثلهم فيه .

وتطبيقات فكرة النيابة التبادلية بين المدينين فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم عديدة . وقد تناول القانون نفسه أكثرها . ونحن بدورنا نتناول تلك التطبيقات ، وذلك فيما يلى :

---

(١) وقد تضمنت المادة ١٦٧/١١١ من قانوننا المصرى القديم هذا الحكم بقولها : «لايجوز لأحد المدينين المتضامنين أن ينفرد بفعل مايوجب الزيادة على ماالتزم به باقى المدينين» .

١ — الخطأ فى تنفيذ الالتزام : إذا أخطأ أحد المدينين فى تنفيذ الالتزام التضامني ولم يشاركه فى هذا الخطأ غيره ، تحمل وحده نتيجة هذا الخطأ . إذ هو لا يمثل باقى المدينين فيما يرتكب من أخطاء . فالخطأ يسوء من مركز المدينين . ولا نيابة فيما يضرهم . وقد تضمنت المادة ٢٩٣/١ هذا الحكم بقولها : « ١ — لا يكون المدين المتضامن مسئولا فى تنفيذ الالتزام إلا عن فعله » . فإذا باع ، مثلا ، كل من (ب) و (ح) و (د) سيارة على سبيل التضامن ، ثم أهمل (ب) فى حفظها حتى هلكت بخطئه ، تحمل وحده بالالتزام بالتعويض نحو المشترى أما (ح) و (د) ، فلا يسألان عن تقصير (ب) . بل إن التزامهما بتسليم السيارة ينقضى هنا ، اعتباراً بأن الوفاء به أصبح مستحيلا عليهما لسبب أجنبي لا يد لهما فيه (المادة ٢٧٣) . وهكذا فالفعل الخاطىء الذى يقع من أحد المدينين فى تنفيذ التزامه لا يحمل بالمسئولية إلا من ارتكبه دون الباقين ، بل إن هذا الفعل يعتبر ، بالنسبة إلى هؤلاء ، كما لو كان قد وقع من شخص أجنبي .

٢ — الإعذار والمطالبة القضائية : يتمثل الإعذار والمطالبة القضائية تطبيقين واضحين لفكرة إعمال النيابة التبادلية بين المدينين فيما ينفعهم واستبعادها فيما يضرهم ويسوىء مراكزهم .

فالإعذار والمطالبة القضائية ، إذا ما وجها من الدائن إلى المدينين ، يدمغان هؤلاء بوصمة التقصير فى تنفيذ الالتزام ، الأمر الذى يترتب عليه آثار ضاره بهم . فإن اقتصر الدائن فى توجيههما على أحد المدينين ، ما اعتبر هذا نائباً فيهما عن الباقين ، بل اعتبر وحده هو المعذر أو الذى رفعت الدعوى عليه . فالإعذار ، مثلا شرط لاستحقاق التعويض عن التأخير فى الوفاء بالالتزام ، فإن وجه إلى أحد المدينين دون الباقين ، حق التعويض عليه وحده . وإن وجه الإعذار من الدائن إلى كل المدينين ، ولكن فى تواريخ مختلفة ، التزم كل مدين بالتعويض عن التأخير بعد وقت معقول من وصول الإعذار إليه شخصياً . والإعذار كذلك شرط لتحمل المدين بالمصروفات القضائية ؛

فإن أعذر الدائن أحد المدينين بوجوب الوفاء بالالتزام ، ثم رفع الدعوى على الجميع ، فبادر مدين آخر بالوفاء[1] ، تحمل المدين الذى سبق إعذاره وحده بالمصروفات القضائية . ومن آثار الإعذار أيضاً انتقال تبعة الهلاك من الدائن إلى المدين ، إذا تأخر هذا عن تسليم الشيء بعد الإعذار[2] ؛ فإن استعار ، مثلا ، شخصان حصاناً على سبيل التضامن ، وقام الدائن بإعذار أحدهما بوجوب رده على أثر انتهاء العارية ، وبعد ذلك نفق الحصان موتاً بقوة قاهرة ، تحمل المدين المعذر وحدة تبعة الهلاك ، والتزم بتعويض الدائن عن قيمته ، ما لم يثبت أن الحصان كان ليهلك عند المعير ، لو أنه سلم إليه (المادة ٢٠٧/٢) . أما المطالبة القضائية ، فمن آثارها استحقاق الفوائد التأخيرية على المدين ؛ فإن رفعت الدعوى على أحد المدينين المتضامنين دون الباقين ، تحمل هذا وحده بالفوائد دون الباقين .

وإذا قام أحد المدينين المتضامنين بإعذار الدائن بوجوب استيفاء دينه الذى يعرضه عليه ، ثم تقاعس الدائن ، اعتبر الدائن مقصراً وتحمل بالمسئولية ، الأمر الذى يجعل تبعة الهلاك عليه ، ويوقف سريان الفوائد ، ويخول للمدين الحق فى إيداع الشيء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر (المادة ٢٣٥) . وفى هذا كله نفع للمدينين المتضامنين . ومن ثم يعتبر المدين الذى أجرى الإعذار للدائن أنه أجراه أصيلا عن نفسه ونائباً عن غيره .

من كل ما سبق يبين أنه لا يعمل بالنيابة التبادلية بالنسبة إلى الإعذار والمطالبة القضائية الموجهين من الدائن إلى أحد المدينين ، لأن إعمالها هنا يضر بالمدينين ، وهى لا تكون فيما يضرهم . أما الإعذار الذى يوجهه أحد المدينين إلى الدائن ، فيعمل بالنسبة إليه بفكرة النيابة التبادلية ؛ لأن من شأن إعمالها

---

(١) أما إذا تقاعس باقى المدينين عن الوفاء بالالتزام بعد رفع الدعوى عليهم ، تحملوا بالمصروفات القضائية مع من سبق إعذاره منهم . إذ المطالبة القضائية تعتبر بذاتها اعذاراً . راجع ما سبق ، نبذة ٤٦ .

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ٢٧ و ٤٨ .

هنا أن ينفع المدينين ، وهى تكون فيما يجلب الخير لهم . وقد ركز المشرع كل ما سبق فى المادة ٢٩٣ / ٢ التى جاءت تقول : « ٢ — وإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه ، فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المدينين . أما إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن ، فإن باقى المدينين يستفيدون من هذا الإعذار » .

٣ — الصلح : قد يعقد الدائن مع أحد المدينين المتضامنين صلحاً ، حسما لنزاع قام بشأن الدين التضامنى ، أو توقيا لنزاع يحتمل أن يثور بصدده . وهنا يعمل بفكرة النيابة التبادلية فيما ينفع باقى المدينين وليس فيما يضرهم . فإن كان فى الصلح نفع لباقى المدينين ، كما إذا نزل الدائن عن بعض دينه ، اعتبر المدين الذى أجراه أصيلا عن نفسه ونائبا عن غيره فى إجرائه . فيرتد بذلك أثر الصلح على باقى المدينين ، حيث أنهم يعتبرون أطرافاً فيه ، لكونهم ممثلين فى عقده بالمدين الذى ناب عنهم فى إبرامه . أما إذا كان من شأنه الصلح الذى يعقده أحد المدينين أن يضر بالباقين ، كما إذا رتب فى ذمتهم التزاما يزيد عما هم ملتزمون به ، أو سوء من مركزهم بأية صورة أخرى ، ما سرى هذا الصلح إلا على المدين الذى أبرمه ، فهو لا يسرى على باقى المدينين ، مالم يقروه . وفى ذلك تقضى المادة ٢٩٤ بأنه : « إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الابراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقون . أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به ، فإنه لا ينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه » .

ويلاحظ أن الصلح يقوم فى أساسه على نزول كل من طرفيه على وجه التقابل عن جزء من ادعائه (المادة ٥٤٩) . فهو بالضرورة لا يكون خيرا محضاً ولا ضرا محضاً لمن يجريه . فإن عقده الدائن مع أحد المدينين المتضامنين كان للباقين أن يقدروا نتيجته فى مجموعه بالنسبة إليهم . فإن رأوا أن النفع الذى يرتبه لهم يزيد على الضرر الذى يلحقه بهم ، كان لهم أن يحتجوا با

فى مواجهة الدائن ، اعتباراً ، بأن الصلح فى مجموعه ينفعهم وأن النيابة التبادلية تكون فيما يعود عليهم بالخير ، وهنا يسرى فى حقهم الصلح بكل شروطه ، حتى ما يترتب عنه ضرر لهم . وإن رأى باقى المدينين أن الصلح الذى عقده المدين المتضامن معهم يتمحض فى مجموعه عن ضرر لهم ، كان لهم أن يطرحوه كلية ، اعتباراً بأن المدين الذى عقده لم يكن يمثلهم فيه ، وهنا لا يفيدون من الشروط التى من شأنها أن تنفعهم ، لاعتبار الصلح فى مجموعه غير سار فى حقهم . وهكذا فالصلح الذى يعقده الدائن مع أحد المدينين ، إما أن يسرى كله فى حق الباقين إعمالا لفكرة النيابة التبادلية ، وإما أن يستبعد عنهم حكمه فى كل ما يقضى به . فلا يسوغ لباقى المدينين أن يأخذوا من الصلح الذى عقده المدين المتضامن معهم ما ينفعهم وأن يطرحوا منه ما يضرهم . إذ أن الصلح لا يقبل التجزئة . والمدينون المتضامنون هم الذين يقدرون ما إذا كان الصلح يتمحض فى مجموعه عن الخير أو الشر لهم . فلهم وحدهم أن يتمسكوا بهذا الصلح أو يطرحوه ، فالخيار لا يثبت للدائن ولا للقاضى ».

ويلاحظ أيضا أن القاعدة التى مؤداها تخويل المدينين المتضامنين الحق فى التمسك بالصلح الذى يعقده أحدهم تأسيساً على فكرة النيابة التبادلية بينهم ؛ يلاحظ أن هذه القاعدة لا تسرى إلا بالنسبة إلى الصلح العادى ، أى ذلك الذى يقوم على حسم نزاع قائم أو يحتمل أن يقوم بشأن الدين التضامنى . فهى لا تسرى بالنسبة إلى الصلح الذى يعقده أحد المدينين مع مجموع دائنيه ، توقياً لإفلاسه أو إنهاء لهذا الإفلاس ، إن كان تاجراً . فالصلح الذى يعقد مع المفلس لا يعتبر صلحاً ، بالمعنى الدقيق . فهو لا يحسم نزاعا . إنما هو يستهدف من جانب الدائنين ضمان استيفاء ديونهم أو بعضها ، عن طريق إعادة المدين إلى نشاطه التجارى ، بعد تخفيف عبء الديون عليه ، نتيجة النزول عن جزء منها ، أو منح المدين أجلا فى الوفاء بها . وعلى هذا فلا يستفيد المدينون المتضامنون من الصلح الذى يعقده أحدهم مع مجموع دائنيه توقياً لإفلاسه أو لإنهاء هذا الإفلاس بعد شهره . وفى ذلك تقضى المادة ٣٤٩ تجارى بأن للدائن « مطالبة

الشركاء فى الدين بتمام دينه ولو حصل الصلح مع المفلس»[1]. ويقصد بالشركاء فى الدين المدينون المتضامنون فيه والكفلاء[2].

٤ — الإقرار بالدين : إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين التضامني، فى حالة كون الباقين ينازعون فيه، ما سرى إقراره عليهم. لأن من شأن إعمال هذا الإقرار فى حقهم أن يسيء إلى مركزهم. ولا نيابة عنهم لمدين معهم فيما يضرهم. وقد تضمنت المادة ١/٢٩٥ هذا الحكم بقولها : «إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين، فلا يسرى هذا الإقرار فى حق الباقين». أما إذا صدر الاقرار من الدائن إلى أحد المدينين، وكان من شأن إعماله بالنسبة إلى الباقين أن يخفف العبء عليهم، كما إذا أقر الدائن بعدم وجود الدين، فإن باقى المدينين يفيدون من هذا الإقرار، اعتباراً بأن المدين الذى تلقاه كان ينوب عنهم فى ذلك.

٥ — اليمين : تتضمن المادة ٢٩٥ فى فقرتيها الثانية والثالثة تطبيقاً لفكرة النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم، وذلك بالنسبة إلى اليمين الحاسمة التى يوجهها أحدهم إلى الدائن أو توجه إليه منه ؛ وهى تقضي فى هذا الصدد بأنه : «٢ — وإذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يمينا، فلا يضار بذلك باقى المدينين. ٣ — وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف، فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك».

فاليمين الحاسمة إما أن توجه من الدائن إلى أحد المدينين، وإما أن توجه من أحد المدينين إلى الدائن. وفى جميع الأحوال يفيد باقى المدينين من توجيه اليمين ولا يضارون بها، على أساس النيابة التبادلية فيما بينهم فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم. فإن وجه الدائن إلى أحد المدينين اليمين الحاسمة، فنكل

(١) أنظر أيضاً المادة ٣٥ من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ الخاص بالصلح الواقى من الإفلاس.

(٢) أنظر فيما يتعلق ببقاء الكفيل ملتزما بكل الدين بالرغم من النزول عن بعضه للمدين المفلس نتيجة الصلح معه : مؤلفنا التأمينات الشخصية والعينية، نبذة ١٤٠.

عن حلفها . فلا يضار الباقون بنكوله ؛ أما إذا حلفها ، أفاد الباقون من حلفه . وإذا وجه أحد المدينين اليمين إلى الدائن فحلفها ، فلا يضار باقى المدينين بحلفه ، أما إذا نكل الدائن عن اليمين ، أفاد كل من المدينين من نكوله .

ويلاحظ ، كما تقول المادة ٣/٢٩٥ ، أن باقى المدينين لا يفيدون من حلف أحدهم اليمين ، إلا إذا اقتصر الدائن على توجيهها إليه وحده . لأنه هنا يمكن اعتبار المدين ، عند حلف اليمين ، نائباً عن غيره . أما إذا وجه الدائن اليمين إلى جميع مدينيه ، فإن معنى ذلك أنه يشترط أداءها من الجميع ، فلا تقوم نيابة بعضهم عن البعض الآخر . فإذا حلف أحد المدينين اليمين وحده ، ما استطاع الباقون أن يمتنعوا عن حلفها بدورهم ، بمقولة أن الحالف ناب عنهم فى حلفها ؛ فإن فعلوا ، اعتبروا ناكلين عن اليمين وخسروا الدعوى بالنسبة إليهم ، فى حين أن المدين الذى حلف اليمين يكسبها بالنسبة إليه وحده .

٦ — الحكم الصادر ضد أحد المدينين المتضامنين أو لصالحه : يعمل بفكرة النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم ، ليس فقط فى التصرفات والإجراءات التى يوجهها أحدهم إلى الدائن أو توجه إليه منه ، بل أيضاً بالنسبة إلى الأحكام التى تصدر عليه أو له .

فإذا قامت الدعوى بين الدائن وبين أحد المدينين المتضامنين دون الباقين ، وصدر الحكم ضد هذا المدين ، حتى لو صدر فى امر يمس الدين التضامنى فى ذاته ، كما لو قضى بصحته ، فلا يضار الباقون بهذا الحكم [1] ، ولا يسوغ

(١) على أنه يجوز لباقى المدينين هنا أن يعترضوا على الحكم الصادر ضد زميلهم ، عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها (المادة ٢/٤٥٠ مرافعات) . صحيح أن الحكم لا يكون له هنا حجية على باقى المدينين المتضامنين ، حتى إذا ما وفى زميلهم المحكوم عليه بالدين خضوعاً للحكم ، كان لهم ، إذا ما رجع عليهم بانصبائهم فيه ، أن يتمسكوا قبله بجميع الدفوع التى كان يسوغ لهم أن يتمسكوا بها فى مواجهة الدائن ، لو أنه هو الذى خاصمهم . ولكن قد يكون فى مصلحة باقى المدينين المبادرة بالدفاع عن حقوقهم فى مواجهة الدائن ، حتى يطمئنوا على حقوقهم ، من ناحية ، ومنعاً من تأثر القضاء بالحكم الصادر ضد زميلهم من حيث الواقع لا القانون ، من ناحية أخرى . من أجل ذلك منحهم القانون الاعتراض على هذا الحكم . فإن فعلوا ، طرحت الخصومة من جديد على المحكمة ، وجرت فى مواجهتهم (المادة ٤٥٥ مرافعات) .

للدائن أن يحتج به عليهم، لأن المدين لا يعتبر هنا ممثلا إلا لنفسه ؛ فهو لا ينوب عن الآخرين ؛ إذ أن النيابة لا تكون إلا فيما ينفع هؤلاء ؛ والفرض أن الحكم يضرهم . وفي ذلك تقضي المادة ١/٢٩٦ بأنه : « إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين » . من أجل هذا كان من مصلحة الدائن أن يختصم كل المدينين في الدعوى ، حتى يحوز الحكم الصادر له فيها حجيته قبلهم جميعاً[1] .

وإذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين المتضامنين ، كما لو قضى برفض الدين كلياً أو جزئياً ، استفاد الباقون من هذا الحكم . وليس في هذا استثناء لمبدأ نسبية أثر الأحكام ، بمعنى عدم الاحتجاج بها إلا على من كان طرفاً في الخصومة التي صدر فيها . فباقي المدينين يعتبرون هنا أطرافاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم لصالح زميلهم ، اعتباراً بأن هذا كان ممثلهم فيها ، لنيابته عنهم . وغني عن البيان أن باقي المدينين لا يفيدون من الحكم الصادر لصالح زميلهم إلا إذا مس أمراً يتعلق بهم جميعاً ، كما لو قضى ببطلان الدين التضامني لعدم مشروعية موضوعه أو لتخلف الرسمية عن العقد الذي ولده عند لزومها . أما إذا صدر الحكم لصالح أحد المدينين تأسيساً على سبب يخصه وحده ، كما لو صدر ببطلان العقد بالنسبة إليه ، بناء على نقص أهليته أو عيب شاب رضاءه وحده ، فإن باقي المدينين لا يفيدون من هذا الحكم بالضرورة . هكذا يفيد المدينون المتضامنون من الحكم الصادر

(١) وإذا اختصم الدائن المدينين المتضامنين جميعاً ، وصدر الحكم لصالحه ضدهم ، ثم قام الدائن بإعلان الحكم لبعضهم ، ما سرى إعلانه هذا على الباقين . لأن إعلان الحكم يسيء إلى مراكزهم ، حيث يترتب عليه بدء مواعيد الطعن في الحكم ، والنيابة التبادلية لا تقوم فيما يضر . وهكذا قد تختلف مواعيد الطعن في الحكم بالنسبة إلى المدينين . فإن قام أحدهم بإجراء الطعن في الميعاد بالنسبة إليه ، اعتبر أنه ينوب عن الباقين في إجرائه في كل ما من شأنه أن يفيدهم . ولهذا يسوغ للباقين ، حتى من فوت الميعاد بالنسبة إليه ، بل حتى من قبل الحكم ، أن ينضم لزميله الذي طعن فيه ، بشرط أن يبني طعنه على سبب مشترك يكون المدين الطاعن قد بنى طعنه بدوره عليه (أنظر المادة ٣٨٤ مرافعات) .

لصالح أحدهم ، إذا أسس على سبب يشتركون فيه ، ولا يفيدون منه إذا بنى على سبب خاص بالمحكوم له دونهم . وقد ركز المشرع هذا الأمر فى المادة ٢/٢٩٦ ، حيث جاءت تقول : « ٢ — أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم (أحد المدينين المتضامنين) فيستفيد منه الباقون ، إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه » .

٧ — انقطاع التقادم ووقفه بالنسبة إلى أحدالمدينين : إذا انقطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين وحده ، كما إذا أقر بالدين ، أو رفع الدائن الدعوى عليه ، أو أوقع الحجز على امواله ، فلا يسرى هذا الانقطاع إلا عليه وحده ، وامتنع على الدائن أن يحتج به الباقين . وكذلك الشأن بالنسبة إلى وقف التقادم . فإذا وقف التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين ، كما إذا وجد بينه وبين الدائن مانع مادى أو أدبى تتعذر معه مطالبته ، فإن هذا المدين وحده هو الذى يضار بالوقف ، فلا يسوغ للدائن أن يحتج به فى مواجهة الآخرين . وفى هذا تقضى المادة ٢/٢٩٢ بأنه : « وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين » .

والسبب فى عدم سريان انقطاع التقادم ووقفه الحاصلين بالنسبة إلى أحد المدينين على الباقين أن من شأن هذين الأمرين الاضرار بهؤلاء . فانقطاع التقادم يؤدى إلى إهدار المدة السابقة عليه وعدم احتسابها . ووقف التقادم يؤدى إلى عدم احتساب المدة التى يحصل خلالها . ومن صالح المدين أن تكتمل مدة التقادم بأسرع ما يمكن ، حتى تتاح له الفرصة فى التحلل من الدين .

ويترتب على عدم سريان انقطاع التقادم ووقفه بالنسبة إلى أحد المدينين إضراراً بالباقين ، إن التقادم قد يكتمل بالنسبة إلى بعض المدينين المتضامنين دون بعضهم الآخر . وسنعود إلى ذلك بعد قليل ، حينما نتناول انقضاء الالتزام التضامنى بالتقادم .

١٧١ — انقضاء الالتزام التضامنى

تناولنا فيما سبق الأسس الثلاثة التى يقوم عليها التضامن بين المدينين فى علاقاتهم مع الدائن ؛ وهى : وحدة الدين وتعدد الروابط وقيام نيابة تبادلية بين المدينين فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم . وهذه الأسس هى التى تحدد آثار التضامن التى تستبين من خلال درستنا لها . وهى بعينها التى تحكم انقضاء الالتزام التضامنى .

وقد سبق لنا أن رأينا أنه يترتب على وحدة الدين أن الوفاء به ، ولو صدر من أحد المدينين ، يبرىء الجميع فى علاقتهم مع الدائن . وكذلك الشأن بالنسبة إلى التجديد والمقاصة فى الحدود التى بيناها . وبقى لنا الآن أن نحدد الأثر الذى يلحق الالتزام التضامنى نتيجة اتحاد الذمة بين الدائن واحد المدينين المتضامنين والابراء والتقادم الحاصلين لمصلحته وحده .

١٧٢ — اتحاد الذمة بين الدائن وأحد المدينين

اتحاد الذمة معناه أن تجتمع صفتا الدائن والمدين فى شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد ، فيصير الدائن بالالتزام مدينا به ، او المدين به دائنا ، الأمر الذى يترتب عليه بالضرورة انقضاء الالتزام (المادة ٣٧٠/١) . ولا صعوبة فى الأمر إذا قام الدين بين دائن واحد ومدين واحد ، ثم اتحدت الذمة بين الاثنين ، إذ الالتزام هنا ينقضى كله . ولكن الأمر يدق إذا تعدد المدينون كما هى الحال فى التضامن السلبى ، ثم اتحدت الذمة بين الدائن واحد المدينين دون الباقين . وهنا لا ينقضى الالتزام التضامنى ، إلا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن . وفى هذا تقضى المادة ٢٨٨ بأنه : « إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين ، فإن الدين لا ينقضى بالنسبة إلى باقى المدينين ، إلا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن » .

فإذا كان (أ) ، مثلا ، دائنا بدين تضامنى مقداره ٣٠٠ جنيه التزام به

كل من (ب) و(حـ) و (ى) ، بنسب متساوية ، ثم مات الدائن (ا) وانحصر إرثه فى (ب) ، فإن اتحاد الذمة يقع بين (ا) و (ب) ، حيث إن (ب) أصبح نتيجة الميراث دائناً بالدين الذى يلتزم به مع كل من (حـ) و (ى) ؛ وهنا ينقضى الالتزام بقدر حصة (ب) منه ، أى بمقدار ١٠٠ جنيه ، فيصير مقداره ٢٠٠ جنيه ، يكون للدائن الجديد (ب) أن يطالب به كلا من (حـ) أو (ى)[1] .

ويلاحظ ، فى المثال الذى سردناه ، أن اتحاد الذمة وقع نتيجة خلافة أحد المدينين (ب) للدائن فى حقه ، اعتباراً بأنه ورثه عنه . ويحصل اتحاد الذمة فى فرنسا وفى غيرها من الدولة فى صورة أخرى عكسية ، وهى الصورة التى يموت فيها أحد المدينين المتضامنين ويورثه الدائن ، اعتباراً بأن الدائن يخلف المدين فى الدين ، فيصير بذلك مدينا به مع المدينين الآخرين ، الأمر الذى يؤدى إلى انقضاء الالتزام بقدر حصة المدين الذى ورثه الدائن ، وثبوت الحق لهذا الأخير فى مطالبة كل من المدينين الآخرين بكل الباقى من الدين . وتحول قواعد الشريعة الإسلامية فى الميراث التى تبناها قانوننا دون العمل بهذه الصورة . إذ أن القاعدة عندنا ألا تركة إلا بعد سداد الديون . فالديون لا تنتقل من المدين بعد موته إلى ورثته . بل تبقى تركته محملة بها إلى أن تنقضى ، نتيجة الوفاء بها من أموالها . وعلى هذا فإذا مات (ب) فى مثالنا السابق ، فإن الدائن (ا) لا يرثه فى الدين الذى كان عليه ، بل تتحمل به تركته ويكون لـ (ا) أن يطالب كل دينه ، أى ٣٠٠ جنيه ، من كل من تركة (ب) أو من (حـ) أو من (ى) . على أنه إذا طالب (ا) كل الدين من (حـ) أو (ى) ،

---

(١) يلاحظ أن المدين (ب) فى هذا المثال تمسك بصفته الجديدة ، وهى أنه أصبح دائنا بالالتزام التضامنى مكان (ا) ، الأمر الذى خوله أن يطالب أياً من (ج) أو (د) بكل الباقى منه ، بعد استنزال حصته أى بمائتين جنيه . وللمدين (ب) سبيل آخر . فله أن يتمسك بصفته مدينا بدين انقضى باتحاد ذمته مع الدائن ، أى بأمر يعادل الوفاء ؛ وهنا لا يجوز أن يطالب أياً من (ج) أو (د) إلا بحصته من الدين أى بمقدار ١٠٠ جنيه .

وكان يوجد بين يديه (يدى ا) أموال تخلفت عن (ب) يبلغ مقدارها ١٠٠ جنيه أو أكثر ، كان لمن يدفع له الدين أن يعود فينفذ على هذه الأموال بحصة المدين المتوفى (ب) ، أى المائة جنيه ، فاختصاراً للإجراءات ، لا يكون لـ (ا) ، فى مثالنا ، أن يطالب أياً من (حـ) أو (ى) إلا بمائتى جنيه .

١٧٣ — الإبراء من الدين التضامنى

الإبراء فى التضامن قد يحصل فى إحدى صورتين : فهو إما أن يقع على الدين ذاته ، وإما أن يقع على التضامن فحسب .

(ا) الإبراء من الدين : إذا وقع الإبراء من الدين، فهو إما أن يرد بالنسبة إلى جميع المدينين ، وإما أن يرد بالنسبة إلى بعضهم ، دون البعض الآخر .

ولا صعوبة إذا أبرأ الدائن جميع مدينيه . إذ الدين هنا ينقضى بالنسبة إليهم جميعاً . بيد أنه يلزم ، للقول بحصول الابراء بالنسبة إلى كل المدينين ، أن تظهر نية الدائن فى ذلك قاطعة . فلا يكفى أن يرد الإبراء بالنسبة إلى أحد المدينين وحده ، إذا كان الدائن لا يصرح بشمول الإبراء الباقين . إذ أنه لا يسوغ القول هنا بأن المدين المبرأ كان ينوب فى تلقى الإبراء عن الباقين ، استناداً إلى مبدأ النيابة التبادلية بين المدينين فيما ينفعهم . فالدائن بتوجيهه الإبراء لمدين بعينه دون الآخرين ، يريد أن يقتصر هذا الإبراء عليه وحده ، فهو لا يعرض الإبراء أصلا بالنسبة إلى الباقين . وفى ذلك تقضى المادة ١/٢٨٩ بأنه : « إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين ، فلا تبرأ ذمة الباقين ، إلا إذا صرح الدائن بذلك » .

وإذا ظهر أن الدائن يقتصر ، فى الإبراء من الدين ، على أحد المدينين دون الباقين ، فإن الدين لا ينقضى ، إلا بنسبة حصة المدين المبرأ . فلا يكون للدائن أن يطالب هذا المدين بشىء ما . أما المدينون الآخرون ، فيبقون ملتزمين بالدين ، بعد خصم حصة زميلهم المبرأ ، ويكون للدائن أن يطالب

أياً منهم بكل الباقى منه . فإذا كان لـ (ا) دين تضامنى مقداره ٣٠٠ جنيه، والتزم به كل من (ب) و (ج) و (د)، ثم وقع الإبراء من الدين بالنسبة إلى (ب) وحده، انقضى الدين بقدر حصة هذا الأخير منه، أى بمقدار ١٠٠ جنيه. وبهذا يصبح الدين التضامنى ٢٠٠ جنيه. ويكون الدائن أن يطالب بهذا القدر كله أياً من (ح) أو (د). على أنه يسوغ للدائن، حينما يبرأ أحد مدينيه من الدين، أن يحتفظ بحقه فى الرجوع على الباقين، بالنسبة إلى مقداره الأصلى كاملا. وهنا لا يفيد هؤلاء من الإبراء أصلا، ويبقون ملتزمين بالدين كله. فإن كان (ا)، حينما أبرأ (ب)، فى مثالنا السابق، قد احتفظ بالرجوع على (ح) و (د) بالدين كاملا، كان له أن يرجع على أى منها بمبلغ ٣٠٠ جنيه. على أن (ح) و (د)، وإن لم يفيدا فى حالتنا من الإبراء الحاصل لـ (ب) بسبب احتفاظ الدائن برجوعه عليهما بكل الدين، فإنهما لا يضاران بالضرورة منه، ويبقان، بالنسبة إلى المدين المبرأ (ب)، فى نفس المركز الذى كان يوجدان فيه لو أن الإبراء الحاصل له لم يقع أصلا. وهكذا، إذا وفى (ح) أو (د) الدين كاملا (٣٠٠ جنيه)، كان له أن يرجع على المدين المبرأ (ب) بحصته من الدين، أى بمقدار ١٠٠ جنيه. وهكذا ينتهى الأمر، بالنسبة إلى المدين المبرأ (ب)، إلى أنه لا يفيد بدوره شيئاً من إبرائه، بالنسبة إلى تحمل الغرم النهائى للدين [1].

يخلص مما سبق أنه إذا أبرأ الدائن أحد المدينين دون الباقين، فإن الدين التضامنى ينقضى بالنسبة إلى حصة المدين المبرأ، ولا يكون للدائن أن يطالب هذا الأخير بشىء ما، ولكنه يكون له أن يطالب أياً من المدينين الآخرين بكل الباقى من الدين بعد استنزال حصة المدين المبرأ. ويختلف الحكم، إذا احتفظ الدائن، عند إبرائه المدين، بحقه فى الرجوع على الباقين بكل الدين.

(١) وهكذا تقتصر هنا فائدة الإبراء للمدين المبرأ على منع الدائن من مطالبته.

إذ يكون على كل من هؤلاء، فى هذه الحالة، أن يوفى بالمقدار الأصلى للدين كاملا، مع ثبوت حقه، إذا ماوافاه، فى الرجوع على كل من زملائه، ومن بينهم المدين المبرأ، بحصته فى الدين (المادة ٢٨٩ / ٢).

وسواء احتفظ الدائن، عند ابرائه أحد المدينين، بحقه فى الرجوع بالدين كاملا على الباقين أم لم يحتفظ به، يتحمل المدين المبرأ، برغم إبرائه، نصيبه فى حصة من يعسر من المدينين الآخرين، إلا إذا أخلاه الدائن من كل مسئولية عن الدين. إذ أنه فى هذه الحالة الأخيرة، يتحمل الدائن نفسه عن المدين المبرأ، نصيبه فى حصة المعسر (المادة ٢٩٠). ففى مثالنا السابق، إذا حصل الإبراء لصالح (ب) دون غيره، ثم رجع الدائن على (حـ) بمائتى جنيه، فدفعله هذا المبلغ، ثم اتضح أن (د) معسر، فإن حصته تقسم على (ب) و (حـ) ويكون ، لـ (حـ) أن يرجع على (ب) بخمسين جنيهاً. فإن كان الدائن قد أخلى (ب) من كل مسئولية عن الدين، تحمل هو عنه بالخمسين جنيهاً.

(ب) الإبراء من التضامن: قد يقتصر الإبراء، بالنسبة إلى الدين التضامنى، على مجرد التضامن، دون أن يمس الدين فى ذاته. وفى هذه الحالة، يبقى الدين قائماً، ولا يزول عنه إلا وصف التضامن الذى كان يرد عليه.

والإبراء من التضامن، كالإبراء من الدين ذاته، قد يرد بالنسبة إلى جميع المدينين، كما أنه قد يرد بالنسبة إلى بعض هؤلاء، دون بعضهم الآخر.

ولا يسوغ القول بحصول الإبراء من التضامن، بالنسبة إلى جميع المدينين، إلا إذا ظهرت نية الدائن قاطعة فى الدلالة على ذلك. فلا تستخلص هذه النية من مجرد الإبراء الحاصل لأحد المدينين وحده. ولا يعمل هنا بفكرة النيابة التبادلية، اعتباراً بأن الدائن، إذا اقتصر على إبراء أحد المدينين، لا يرتضيه إلا بالنسبة إليه، مالم يتضح من الظروف أنه اراد الإبراء بالنسبة إلى الجميع. وفى هذا يتفق الإبراء من التضامن مع الإبراء من الدين.

وإذا حصل الإبراء من التضامن بالنسبة إلى جميع المدينين ، فإن هذا الوصف يزول عنهم كلهم ، الأمر الذى يؤدى إلى انقسام الدين عليهم ، فلا يكون أى منهم ملتزماً إلا بحصته فيه .

أما إذا اقتصر الإبراء من التضامن على أحد المدينين دون غيره ، فإن هذا الوصف لا يزول إلا بالنسبة إليه وحده فهو يبقى بالنسبة إلى الآخرين . ويترتب على ذلك أن الدائن لا يستطيع أن يطالب المدين المبرأ إلا بحصته من الدين ، فى حين أنه يبقى له الحق فى أن يطالب أياً من الباقين بالدين كله ، مع مراعاة وجوب خصم حصته المدين المبرأ ، إذا كان هذا قد وفاها بالفعل . وفى ذلك قضى المادة ٢٩٠ بأنه : «إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن ، بقى حقه فى الرجوع على الباقين بكل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك» .

وإذا كان المدين الذى أبرأه الدائن من التضامن لم يف بحصته من الدين ، ثم قام مدين آخر بوفاء هذا الدين كاملا ، حق له أن يرجع على كل واحد من زملائه ، ومن بينهم المدين المبرأ ، بحصته فى الدين ، وبنصيبه فى حصته من يعسر منهم .

ويلاحظ ، فى النهاية ، أن الإبراء من التضامن ، سواء أحصل لفائدة جميع المدينين ، أم لصالح بعضهم دون البعض الآخر ، قد يجيء صريحاً ، وقد يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال ، مادامت نية الدائن فى الحالتين قاطعة فى حصوله . ومثال الإبراء الذى يستدل عليه ضمناً ، أن يطالب الدائن كلا من مدينيه أو أحدهم بحصته فى الدين ، أو أن يحاسبه على أساس أنه لا يدين له إلا بها .

١٧٤ — انقضاء الالتزام التضامنى بالتقادم

قد تكتمل مدة التقادم بالنسبة إلى جميع المدينين المتضامنين . وفى هذه

الحالة ، إذا تمسك جميع المدينين بالتقادم ، انقضى الدين بالنسبة إليهم جميعاً . بل إنه إذا تمسك فى حالتنا هذه أحد المدينين بالتقادم ، كان للباقين أن يحتجوا بتمسكه به ، لاعتبار الدين منقضياً بالنسبة إليهم أيضاً ، اعتباراً بأن المدين كان ينوب عنهم فى التمسك بالتقادم ، استناداً إلى مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفعهم .

ولكن لا يوجد ثمة ما يمنع من أن تكتمل مدة التقادم ، بالنسبة إلى بعض المدينين ، دون بعضهم الآخر . ويحصل ذلك فى حالات عديدة . ومن هذه الحالات أن يكون الدين مقترناً بأجل أو معلقاً على شرط بالنسبة إلى أحد المدينين ، حالة كونه باتاً منجزاً بالنسبة إلى الآخرين ، فسريان التقادم هنا لا يبدأ ، بالنسبة إلى المدين الأول ، إلا من تاريخ حلول الأجل أو تحقق الشرط . فى حين أنه يبدأ ، بالنسبة إلى الآخرين قبل ذلك . ومن هذه الحالات أيضاً أن ينقطع التقادم أو يقف بالنسبة إلى أحد المدينين وحده ، إذ أنه لا يجوز للدائن ، كما سبق أن بينا ، أن يتمسك هنا بالانقطاع أو الوقف فى مواجهة الآخرين (المادة ٢٩٢/٢) .

وإذا اكتملت مدة التقادم ، بالنسبة إلى أحد المدينين دون الباقين ، وتمسك هذا المدين بالتقادم ، انقضى الدين بالنسبة إليه وحده . فلا يسوغ للدائن ان يرجع عليه بشيء ما . أما الباقون ، فيظلون ملتزمين بالدين ، بعد خصم حصة زميلهم الذى انقضى دينه بالتقادم . فالدين التضامنى هنا ينقضى ، بقدر حصته من تمسك بالتقادم ، ويظل الباقى منه بعد ذلك مثقلاً للمدينين الآخرين ، ويسوغ للدائن أن يطالب أياً منهم به . وفى ذلك تقضى المادة ٢٩٢/١ بأنه : « إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين » . فإذا كان لـ (ا) دين تضامنى مقداره ٣٠٠ جنيه والتزم به كل (ب) و (حـ) و (د) ، ثم انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى (ب) وحده ، كان الدائن

أن يطالب أيا من (ح) أو (ى) بمائتى جنيه . فإذا دفع (ح) هذا المبلغ ، حق له أن يرجع على (ى) بمائة جنيه . ولا يجوز له أن يرجع على (ب) بشيء ما. فإن كان (ى) معسراً ، تحمل (ح) بنصيبه من حصته أى بخمسين جنيه ، ورجع على الدائن بالنصيب الذى كان مفروضا أن يتحمله (ب) من حصة المعسر ، أى بخمسين جنيهاً[1] .

١٧٥ — (ب) آثار التضامن فى علاقة المدينين بعضهم ببعض

بينا فيما سبق آثار التضامن فى العلاقة بين الدائن والمدينين ، ورأينا أن تلك الآثار تحكمها مبادىء ثلاثة ؛ هى : وحدة الدين وتعدد الروابط وقيام نيابة تبادلية بين المدينين فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم . وعلينا الآن أن نحدد آثار التضامن فى علاقة المدينين بعضهم ببعض .

وترتد آثار التضامن فى علاقة المدينين بعضهم ببعض إلى مبدأين أساسين ؛ هما : انقسام الدين بين المدينين على أساس قدر حصة كل منهم فيه ، وحق من يوفيه منهم فى الرجوع على كل من الباقين بقدر حصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر منهم . ونتناول دراسة كل من هذين المبدأين فيما يلى :

---

(١) ويقول أستاذنا الكبير السنهورى (الوسيط ج ٣ نبذة ١٩٤) برأى آخر مؤداه أن المدين الذى انقضى دينه بالتقادم ، يتحمل هو دون الدائن نصيبه من حصة المعسر . ويبنى أستاذنا رأيه هذا على أن المدين الذى يوفى الدين (ج فى المثال الوارد فى المتن) يرجع على زميله الذى انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إليه (ب فى مثالنا) نصيبه من حصة المعسر بدعوى الوكالة أو الفضالة. ونحن لا نستطيع أن نقر أستاذنا فيما وصل إليه . فالمدين الذى تمسك بالتقادم أصبح غريباً كلية عن الدين ، لسقوطه عنه . فلا يسوغ القول بأن زميله الذى وفاه كان وكيلا عنه فى أداء نصيبه من حصة المعسر أو فضولياً عنه فى ذلك . الحقيقة أن سقوط الدين بالتقادم، بالنسبة إلى أحد المدينين ، يقطع كل صلة مدنية بينه وبين هذا الدين ؟ فالمدين يصبح غريباً عنه تماما . ولما كان لا يسوغ أن يسوء مركز المدينين الآخرين نتيجة إهمال الدائن فى مطالبة زميلهم الذى تمسك بالتقادم ، فيلزم أن يتحمل الدائن نصيب هذا الأخير فى حصة المعسر . وهكذا نصل فى التقادم إلى نفس الحكم الذى رأيناه فى الإبراء المشفوع بإخلاء المدين من كل مسئولية عن الدين .

١٧٦ — أولا : انقسام الدين بين المدينين

وحدة الدين لا تقوم إلا فى علاقة الدائن بالمدينين . أما فى علاقة هؤلاء بعضهم ببعض ، فنرجع إلى القاعدة العامة التى تقضى بانقسام الدين عليهم ، فيتحمل كل منهم بحصته فيه .

والأصل أن الدين التضامنى يقسم على المدينين حصصاً متساوية ، أى أنه يقسم على أساس الرءوس . ولا يستبعد هذا الأساس إلا إذا قضى الاتفاق أو القانون بغيره . وفى ذلك تقضى المادة ٢٩٧/٢ بأنه : « وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصاً متساوية بين الجميع ، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » . فالقانون يقيم قرينة مؤداها تساوى حصص المدينين فى التحمل بغرمه . ولكن هذه القرينة بسيطة يجوز إثبات ما يخالفها ، بإقامة الدليل على أن الاتفاق أو القانون يقضى بالمغايرة فى الحصص .

فلا يوجد ثمة ما يمنع من أن يحصل الاتفاق على توزيع غرم الدين بين المدينين على أساس الحصص متغايرة ، ولا ضرورة لأن يكون الدائن طرفاً فى هذا الاتفاق فهو لا يمس إلا المدينين ، ومن ثم يكفى أن ينعقد بينهم . والغالب أن يحصل الاتفاق بين المدينين على أساس توزيع غرم الدين التضامنى عليهم عند نشأة هذا الدين ، كما إذا افترض (ب) و (حـ) و (ى) ٣٠٠ جنيه على سبيل التضامن ، واتفق هؤلاء فيما بينهم على أن يتحمل (ب) وحده نصف الدين وكل من (حـ) و (ى) ربعه . على أنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يحصل الاتفاق السابق فى تاريخ لاحق لنشأة الدين . وقد يحصل هذا الاتفاق صراحة ، كما هو الشأن فى المثال السابق . وقد يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال ، كما إذا اشترى (ب) و (حـ) و (ى) سيارة بحق النصف لـ (ب) وبحق الربع لـكل من (حـ) و (ى) ، والتزم هؤلاء جميعاً بدفع الثمن على سبيل التضامن ، فهنا يوجد اتفاق ضمنى بين المدينين على أن يتحمل (ب) نصف الثمن ، وكل من (حـ) و (ى) ربعه . وغنى عن البيان أن الاتفاق بين المدينين

على توزيع عبء الدين عليهم فى جميع صوره ، إنما يسرى عليهم وحدهم ، فهو لا يمس حق الدائن فى مطالبة أياً منهم بالدين كله .

وقد يقضى القانون نفسه بالمغايرة فى توزيع عبء الدين التضامنى على المدينين . ومثال ذلك المادة ١٦٩ التى تقضى بأنه : « إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى ، إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض » . فإذا عين القاضى نصيب كل من المسئولين عن العمل الضار ، وزع غرم الالتزام بالتعويض عليهم وفقاً لهذا التعيين .

من كل ما سبق يبين أنه قد يقضى الاتفاق أو القانون بالمغايرة فى حصص المدينين المتضامنين فى الدين . فإن لم يقض أحدهما بذلك ، اعتبرت تلك الحصص متساوية . وعلى من يدعى المغايرة فى الحصص أن يقيم الدليل على ادعائه ، إذ أن القانون يفترض المساواة فيها .

١٧٧ — ثانياً : رجوع المدين الموفى على زملائه

رأينا أن الدين التضامنى ينقسم بين المدينين فى علاقتهم بعضهم ببعض ، على أساس حصة كل منهم فيه . فإذا جاء أحدهم ووفى الدين كله للدائن ، اعتبر فى علاقته بزملائه ، أنه وفى حصته وحصة كل منهم . وبديهى أنه يتحمل غرم حصته ، فلا يرجع بها على أحد . أما حصص الآخرين ، فيكون له أن يرجع بها على أصحابها ، على أساس أنه وفاها عنهم . على أنه فى رجوعه بتلك الحصص ، إنما يرجع بدين منقسم ، لأن الدين التضامنى ينقسم فى علاقة المدينين بعضهم ببعض ، كما بينا . وهكذا فلا يسوغ للمدين الموفى أن يرجع على كل من زملائه إلا بقدر حصته . وفى ذلك تقضى المادة ١/٢٩٧ بأنه : « إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقين إلا بقدر حصته فى الدين ، ولو كان بماله من حق الحلول قد رجع بحق الدائن » .

يتحصل مما سبق أنه إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين ، تحمل هو حصته منه ، وحق له أن يرجع على كل من الباقين بحصته . فإن كان لـ (ا) مثلا ، دين تضامنى مقداره ٣٠٠ جنيه ، والتزم به كل من (ب) و (حـ) و (د) بحصص متساوية ، ثم وفى (ب) الدين كله ، كان على (ب) أن يتحمل حصته أى مائة جنيه ، وحق له أن يرجع على كل من (حـ) و (د) بحصته أى مائة جنيه ، ولكن لا يسوغ له أن يرجع على أحد هذين الآخرين بكل الدين (٣٠٠ جنيه) ، كما أنه لا يسوغ له أن يرجع على أحدهما بحصتى الاثنين ، أى بمائتين .

وإذا كانت القاعدة هى أن الدين التضامنى ينقسم فى علاقة المدينين ببعضهم البعض على أساس حصة كل منهم فيه ، وأنه لا يجوز لمن يوفى الدين منهم أن يرجع على كل من الباقين إلا بقدر حصته ، إلا أن المشرع لاحظ أن أحد هؤلاء قد يكون معسراً ، وقدر أنه من الظلم أن يتحمل المدين الموفى وحده غرم إعساره ، فوزع هذا الغرم عليه وعلى غيره من المقتدرين . وفى ذلك تقضى المادة ٢٩٨ بأنه : « إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذى وفى بالدين ، وسائر المدينين الموسرين ، كل بقدر حصته » .

فإذا وجد بين المدينين المتضامنين معسر [1] . وزعت حصته ، أو القدر الذى يتعذر استيفاؤه منها ، على المدين الموفى وعلى زملائه من المقتدرين . ويكون للموفى أن يرجع على كل من المقتدرين بنصيبه فى تلك الحصة [2] . ويتحدد نصيب المقتدرين فى حصة المعسر على أساس حصصهم فى الدين . فإذا التزم

(١) ويستد هنا بمجرد الإعسار الواقعى ، أى الحالة التى تزيد فيها ديون المدين على أمواله . فلا ضرورة لشهر الإعسار قانوناً .

(٢) وقد سبق لنا أن رأينا أن المدين المتضامن يتحمل نصيبه فى حصة المعسر ، حتى لو كان الدائن قد أبرأه من الدين ، وذلك مالم يكن الدائن قد أخلى المدين الذى أبرأه من كل مسئولية عن الدين ، إذ الدائن هنا هو الذى يتحمل عمن أبرأه نصيبه فى حصة المعسر .

كل من(ب) و (حـ) و(د) بدين تضامنى مقداره ٣٠٠ جنيه على أساس تساوى حصصهم فيه ، ثم وفى (ب) كل الدين ، وكان (د) معسراً ، وزعت حصة (د) وهى مائة جنيه على كل من (ب) و(حـ) ، فيخص كل منهما نصفها ، اى خمسون جنيها ؛ وهكذ يكون ا (ب) أن يرجع على (حـ) بحصته الأصلية فى الدين (١٠٠ جنيه) وبنصيبه فى حصة المعسر (د) أى خمسين جنيها ، أى يرجع عليه فى المجموع بمائة وخمسين جنيها ، ويتحمل هو بدوره بمائة وخمسين جنيها .

وتوزع حصة المدين المعسر على الموفى وعلى غيره من المقتدرين ، سواء أكان هذا الاعسار موجوداً عند الوفاء ، أم حصل فى تاريخ لاحق. على أنه يلزم فى هذه الحالة الأخيرة ، أى فى الحالة التى يكون فيها المدين مقتدراً عند قيام زميله بالوفاء ثم يعسر بعد ذلك ، ألا ينسب للموفى تقصير فى استيفاء حصته. فإذا ثبت أن الموفى كان يمكنه ، لو انه طالب زميله فى وقت معقول يقدره القاضى ، أن يحصل منه على حصته قبل إعساره ، ما كان له أن يحمل الباقين بأنصبائهم فيها . إذ أن القاعدة هى أن المقصر يتحمل وحده غرم تقصيره .

١٧٨ — شروط رجوع المدين الموفى على زملائه

رأينا أنه يجوز لمن يوفى الدين من المدينين المتضامنين أن يرجع على كل من زملائه بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر ، إن وجد ثمه معسر على أن رجوع المدين الموفى على زملائه لا يكون إلا إذا توافرت شروط معينة ، هى الآتية :

١ — يجب أن يكون المدين الذى يباشر الرجوع على زملائه قد وفى الدين للدائن ، أو اداه له عن طريق آخر يعادل الوفاء ، كالوفاء بمقابل والتجديد والمقاصة . أما إذا كان المدين قد توصل إلى انقضاء الدين بوسيلة

لم يتحمل فيها غرماً ما ، كما إذا تحصل على إبرائه وزملائه جميعاً من الدين ، فلا يكون له يرجع على أى منهم بشيء .

٢ — ويلزم أن يكون المدين قد وفى للدائن ما يزيد على حصته فى الدين . فإن لم يكن من الضرورى ، لكى يثبت للمدين المتضامن حق الرجوع على زملائه ، أن يكون قد وفى الدين كله ، إلا أنه يجب أن يكون قد وفى منه جزءاً يزيد على حصته . فإن كان قد اقتصر على الوفاء بحصته أو على جزء منها ، ما حق له أن يرجع على زملائه بشيء ما[1] . إذا أن الدين التضامنى ، فى علاقة المدينين ببعضهم البعض ، ينقسم بينهم على أساس حصصهم فيه ، كما بينا . فإن اقتصر أحدهم على الوفاء بحصته ، اعتبر ، فى علاقته بزملائه ، أنه دفع ما يجب عليه ، وأنه بالتالى لم يدفع شيئاً عن زملائه ، فلا يكون له أن يرجع بشيء على أحد منهم . أما القدر الذى يدفعه المدين زائداً على حصته ، فيجوز له أن يرجع على كل من زملائه بنصيبه فيه .

٣ — ويجب ، فى النهاية ، أن يكون الوفاء مفيداً للمدين الذى يباشر الرجوع ضده ، بمعنى أنه رفع عنه عبء الدين فى مواجهة الدائن بالنسبة إلى حصته كلها أو بعضها . فإن لم يكن من شأن هذا الوفاء أن يفيد أحد المدينين ، كما إذا كان العقد الذى رتب الالتزام باطلا بالنسبة إليه ، أو كان الدين قد انقضى بالنسبة إليه بالتقادم ، ما كان للموفى أن يرجع عليه بشيء ما . وللمدين الذى يرجع الموفى عليه أن يتمسك ، فى مواجهة هذا الأخير ، بكل الدفوع التى كان يسوغ له ان يتمسك بها فى مواجهة الدائن ، لو أنه هو الذى طالبه بالوفاء .

١٧٩ — طريق رجوع المدين الموفى على زملائه

رأينا أن للمدين الموفى أن يرجع على كل من المتضامنين معه بحصته فى

---

(١) انظر نقض ٦ مارس سنة ١٩٥٢ ، مجموعة النقض س ٢ ص ٥٨٥ رقم ١٠٠ .

الدين وبنصيبه من حصة المعسر ، إن وجد . وله فى رجوعه هـذا أن يسلك أحد طريقين : الدعوى الشخصية أو دعوى الحلول .

أولا — الدعوى الشخصية : فالمدين المتضامن الذى يوفى كل الدين يعتبر ، كما بينا ، أنه وفى عن كل من زملائه حصته . فله إذاً أن يرجع على كل من هؤلاء بما دفعه عنه . ورجوعه هذا يؤسس على الحق الذى ثبت له شخصياً بمقتضى الوفاء ، ومن تاريخ حصوله . ولذلك تسمى الدعوى التى تحمى هذا الحق بالدعوى الشخصية .

والأساس التقليدى للدعوى الشخصية التى تثبت للمدين المتضامن فى رجوعه على زملائه بما وفاه عنهم ، هو الوكالة أو الفضالة ، على حسب الأحوال ، اعتباراً بأنه إذا نشأ الدين التضامنى بمقتضى الاتفاق ، فإن المدينين يوكلون بعضهم بعضاً فى وفاء حصصهم للدائن ، أما إذا نشأ الدين التضامنى بمقتضى نص فى القانون ، ثم وفاه أحد المدينين ، كان فضولياً فى وفائه بحصص زملائه .

ثانياً — دعوى الحلول : إلى جانب الدعوى الشخصية التى تثبت للمدين المتضامن فى رجوعه على زملائه بحصصهم ، يحق له أن يرجع عليهم بالدعوى التى كانت للدائن قبلهم . فالمدين الموفى يحل ، بمقتضى الوفاء ، محل الدائن فى دعواه . فمن حالات الحلول محل الدائن أن يكون الموفى ملزماً بالدين مع المدين (المادة ٣٢٦ ا) . وهذا مركز المدين المتضامن ، إذ هو ملتزم بالدين مع المتضامنين معه .

ومؤدى الحلول محل الدائن فى دعواه ، أن يكون للموفى نفس حق الدائن بما له من خصائص وما يلحقه من توابع وما يضمنه من تأمينات وما يرد عليه من دفوع (المادة ٣٢٩) . ولكن القانون لم يأخذ هنا بالنسبة للمدين المتضامن بأثر الحلول على إطلاقه . فقصر حقه فى رجوعه على كل من زملائه على حصته . وفى ذلك تقضى المادة ٢/٢٩٧ بأنه « إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقين

إلا بقدر حصته فى الدين ، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن »).

والسبب فى تحديد رجوع المدين الموفى على المتضامنين بحصة كل منهم ، هو أن الدين التضامنى لا يحتفظ بوحدته إلا إلى وقت استيفاء الدائن إياه. فبمجرد هذا الاستيفاء ، ينقسم الدين على المدينين على أساس حصصهم فيه ، كما بينا . وهكذا فإن حل الموفى محل الدائن ، فإنه يحل محله فى دين يكون قد انقسم عليه وعلى المتضامنين معه[1].

من كل ماسبق يبين أن للمدين الموفى ، فى رجوعه على المتضامنين طريقان: فله أن يرجع بدعواه الشخصية ، كما أن له أن يرجع بدعوى الدائن ، تأسيساً على حلوله محله فيها . وسواء أرجع بهذه الدعوى أم بتلك ، فهو لا يرجع على كل من زملائه إلا بحصته ونصيبه فى حصة المعسر ، إن وجد .

وللموفى الخيار بين هاتين الدعويين . وهو يختار بالضرورة أيهما أوفق لمصلحته

وقد تكون الدعوى الشخصية أفيد ، كما لو كان الدين التضامنى لا يغل فى الأصل فوائد ؛ فلو رجع الموفى هنا بدعوى الحلول ، ما حق له أن يقتضى من زميله فوائد عما دفعه عنه ؛ لأنه لا يكون له إلا نفس حق الدائن بصفاته وملحقاته ؛ أما رجوعه بالدعوى الشخصية ، فيخوله الحق فى ان يقتضى فوائد قانونية عما دفعه عن زملائه من تاريخ هذا الدفع ، فى الحالات التى تؤسس فيها الدعوى على الوكالة أو الفضالة ؛ إذ إن للوكيل أو الفضولى الفوائد القانونية عما دفعه لحساب الموكل أو رب العمل من تاريخ الدفع . كما أن تقادم الدعوى الشخصية لا يبدأ سريانه إلا من تاريخ الوفاء ، اعتباراً بأنها لا تنشأ إلا فى هذا الوقت . اما دعوى الحلول ، فتقادمها يبدأ من تاريخ

---

(١) أنظر هذا المعنى Josserand ، ج ٢ نبذة ٧٧٩ .

ثبوت حق الدائن ؛ إذ أن الموفى يحل محل الدائن فى ذات حقه . وهكذا فقد تسقط دعوى الحلول بالتقادم ، مع بقاء الدعوى الشخصية قائمة . وهنا تبرز فائدة الدعوى الأخيرة .

وبالعكس، قد تكون دعوى الحلول أكثر فائدة للمدين الموفى . ويحصل ذلك ، مثلا، إذا كان الدين التضامنى يغل فائدة اتفاقية يزيد سعرها على سعر الفائدة القانونية ؛ إذ للموفى هنا أن يطالب كلا من زملائه بأن يدفع فائدة ، محسوبة على أساس سعر الفائدة المشترطة عن الدين التضامنى ، عن حصته التى وفاها عنه[1] ، ومن تاريخ هذا الوفاء .

١٨٠ — الحالة التى يكون فيها أحد المدينين هو صاحب المصلحة وحده فى الدين

عرضنا فيما سبق للحالة العادية فى الدين التضامنى ؛ وهذه هى الحالة التى يكون فيها جميع المدينين المتضامنين أصحاب مصلحة فى الدين ، بمعنى أنهم جميعاً متحملين به أصلا . فهنا يقسم عبء الدين عليهم كلهم ، ويكون لمن وفاه منهم أن يرجع على كل من الباقين بقدر حصته ، على وفق ما بيناه .

وقد يحصل أن يتعدد المدينون المتضامنون مع كون أحدهم أو بعضهم هم أصحاب المصلحه وحدهم فى الدين دون الباقين . أما هؤلاء الأخيرين ، فلم يلتزموا بالدين، إلا لتامين الدائن وتوفير الضمان له فى استيفائه حقه . فالسبيل العادى للضمان هو الكفالة . ولكن قد يتقدم الضامن ، لا على أساس أنه

(١) وهذا بخلاف الفائدة التى تكون قد استحقت للدائن وقام الموفى بدفعها له . فالموفى هنا يرجع على كل من زملائه بنصيبه فى هذه الفائدة، اعتباراً بأنه قد دفعه عنه للدائن . وهكذا فالموفى يرجع فى حالتنا على كل من زملائه بنوعين من الفوائد :

١ — نصيبه فى الفائدة التى دفعت للدائن عن الدين التضامنى .

٢ — الفائدة المستحقه للموفى شخصياً عن حصة زميله فى الدين التى دفعها عنه .

كفيل، ولكن على أساس أنه مدين متضامن مع زميله الذى استفاد وحده من الدين. وكثيراً ما يشترط الدائن هذا الطريق، لشدة نفعه له. ومثال هذه الحالة أن يقترض (ب) مبلغاً من المال ويأخذه كله لنفسه خاصة. ثم يتقدم (ج) و(د) ويرتضيان الالتزام بمبلغ القرض مع (ب)، لا على أساس أنهما كفيلين له، بل على أساس أنهما مدينين متضامنين معه.

هكذا يبين أنه قد تعرض حالات يكون فيها أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين، أما الباقون فلم يلتزموا به إلا لمجرد توفير الضمان للدائن فى استيفائه. وفى مثل هذه الحالة، لا يفرق الدائن بين مدينيه. فكل منهم، سواء أكان هو المستفيد من الدين أم غيره، يعتبر بالنسبة إليه، ملتزماً بالدين كله على أساس أنه مدين أصلى به. أما فى علاقة المدينين بعضهم بعض، فيظهر أثر كون أحدهم هو المستفيد وحده من الدين دون الباقين. فهذا المستفيد هو الذى يتحمل وحده غرم الدين. أما الباقون فإن اعتبروا، فى مواجهة الدائن، مدينين أصليين بكل الدين، فهم يعتبرون فى مواجهة زميلهم المستفيد، مجرد كفلاء له. وعلى هذا، إذا كان المستفيد (ب فى المثال السابق ذكره) هو الذى وفى الدين، ما كان له أن يرجع على أى من زملائه (ج و د فى المثال السابق ذكره) بشىء ما. أما إذا حصل الوفاء من أحد من الباقين، كان له أن يرجع بكل مادفع على المستفيد. وفى ذلك تقضى المادة ٢٩٩ بأنه: «إذا كان أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين، فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقين».

١٨١ — التفرقة بين الدين التضامنى والدين الذى يلتزم به كله عدة أشخاص من غير تضامن بينهم

توجد حالات يثقل الالتزام الواحد فيها عدة مدينين، من غير أن ينقسم عليهم، ودون أن يكونوا متضامنين فى أدائه، ويسمى هذا الالتزام فى فرنسا

Obligation in solidum ، أى الالتزام الذى يتحمل به كله عدة مدينين . ولم يستقر فقهنا العربى بعد على تسمية لهذا النوع من الالتزام . فالبعض يشيرون إليه بعبارة « المسئولية المشتركة عن الدين » ، اعتباراً بأن عدة مدينين يشتركون فى التحمل به . والبعض الآخر يشيرون إليه بعبارة : « المسئولية المجتمعة عن الدين » ، اعتباراً بأن المدينين يجتمعون فى التحمل به . وقد سماه بعض ثالث بالالتزام التضامى ، اعتباراً بأن المدينين يتضامون بعضهم إلى بعض فى التحمل به .

ومثال الدين الذى نحن بصدده كفالة الالتزام الواحد بعقود متوالية ، دون اشتراط التقسيم بين الكفلاء ؛ فإذا كفل عدة أشخاص الدين بعقود متوالية ، من غير أن يشترط تقسيم الدين عليهم . كان كل منهم ملتزماً بضمان الدين كله (المادة ٢/٧٩٢) ، فى حين أنهم لا يعتبرون متضامنين . ومثال الدين الذى نحن بصدده أيضاً أن يوجد شخص فى حالة عوز ، فتثبت له النفقة على أقربائه الموسرين ؛ فإذا كان هؤلاء متعددين ، التزم كل منهم بالنفقة على قريبهم المحتاج ؛ وهكذا يوجد عدة مدينين ، يلتزم كل منهم بنفس الدين ، من غير أن يوجد تضامن بينهم .

وواضح ما هنالك من شبه قوى بين الدين الذى نحن بصدده والدين التضامنى . فكل منهما يقوم على وحدة الدين ، برغم تعدد المدينين ، وفى كل منهما تحد الروابط التى تجمع بين الدائن وبين كل مدين متميزة مستقلة . وفى كل منهما يستطيع الدائن أن يطالب أى مدين بالدين كله ، وإذا أداه كله أحد المدينين ، حق له أن يرجع على أى من الباقين بحصته فيه . والفارق الوحيد بين هذين النوعين من الديون أن التضامن ينطوى على نيابة تبادلية بين المدينين فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم ، فى حين أن هذه النيابة لا توجد فى الدين الذى يلتزم به عدة مدينين من غير أن يكونوا متضامنين فى أدائه ، وفقاً للرأى السائد .

هكذا يبين أن الشبه قوى بين الدين التضامنى والدين الذى يثقل عدة مدينين من غير تضامن بينهم ، وإن كان هذا الشبه غير تام . وقد أدى ذلك ببعض الفقهاء إلى أن يروا فى الدين الثانى تضامناً ناقصاً solidarité imparfaite تمييزاً له عن التضامن العادى الذى يطلقون عليه التضامن الكامل solidarité parfaite.

التضامن الايجابى

أو التضامن بين الدائنين

١٨٢ — رأينا فيما سبق أن التضامن نوعان : تضامن سلبى أو تضامن بين المدينين وتضامن إيجابى أو تضامن بين الدائنين . وتكلمنا فى النوع الأول . وقد آن الأوان لتناول النوع الثانى .

والتضامن الإيجابى solidarité active ، أو التضامن بين الدائنين ، يقع حينما يتعدد الدائنون فى التزام واحد ، ويكون من شأنه أن يحتفظ هذا الالتزام بوحدته ، فلا ينقسم على الدائنين ، الأمر الذى يخول أياً منهم الحق فى أن يطالب المدين به كله ، وذلك بغض النظر عما إذا كان هذا الالتزام يقبل فى ذاته الانقسام أو لا يقبله . ومثال التضامن الإيجابى أن يقرض شخصان أو أكثر مبلغاً من النقود لمدين معين ويشترطون التضامن بينهم فى استيفاء مبلغ القرض ، أو يبيعونه مالا محدداً ثم يشترطون تضامنهم فى استيفاء الثمن منه .

والتضامن بين الدائنين ، على نقيض التضامن بين المدينين ، نادر الوقوع جداً فى العمل . وترجع ندرته ، من ناحية ، إلى أنه يعرض الدائنين لخطر ضياع حقوقهم ، نتيجة إعسار زميلهم ، بعد أن يكون قد استوفى الدين . فيؤدى هذا التضامن ، كما سنبينه بعد قليل ، إمكان الوفاء بالدين كاملا لأحد الدائنين،

على أن يكون للباقين أن يستوفوا منه حصصهم . وترجع ندرة هذا النظام ، من ناحية أخرى ، إلى إمكان الحصول على الفائدة التى تترتب عليه للدائنين عن طريق آخر أقل منه خطراً عليهم . فالفائدة التى تترتب للدائنين من قيام التضامن بينهم هى إمكان اقتضاء الدين كله من المدين دفعة واحدة ، فلا تتجزأ المطالبة . ومن الممكن توفير هذه الفائدة عن طريق توكيل الدائنين أحدهم فى قبض أنصبائهم . بل إن الوكالة أقل من التضامن خطراً ؛ فمن مؤدى هذا النظام الأخير أن يثبت اقتضاء الدين لكل دائن ، فى حين أنه بالوكالة لا يثبت قبض الدين إلا لمن تصدر لصالحه دون غيره ؛ وهكذا يكون للدائنين فرصة اختيار من يكون محلا لثقتهم .

١٨٣ — ويتفق التضامن الإيجابى مع التضامن السلبى فى المصدر الذى يولدهما . فكل منهما لا ينشأ ، إلا إذا قضى به الاتفاق أو نص فى القانون . وكل منهما لا يفترض ، بل يجب أن يكون المصدر الذى يرتبه قاطعاً فى الدلالة عليه ، اتفاقا كان هذا المصدر أو نصاً فى القانون (المادة ٢٨٩) . ولا يوجد الآن أى نص فى القانون يقضى بالتضامن بين الدائنين . بل إن حظ الاتفاقات التى تشرطه جد يسير فى العمل .

١٨٤ — آثار التضامن بين الدائنين

نتناول آثار التضامن بين الدائنين فى علاقتهم هم بالمدين ، ثم فى علاقتهم بعضهم ببعض ؛ وذلك فيما يلى :

١٨٥ — آثار التضامن الإيجابى فى علاقة الدائنين بالمدين

ترتد آثار التضامن بين الدائنين ، فى علاقة هؤلاء بالمدين ، إلى نفس المبادىء الثلاثة التى تحكم آثار التضامن بين المدينين فى علاقتهم بالدائن ؛ وهى : وحدة

الدين وتعدد الروابط وقيام نيابة تبادلية بين الدائنين فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم . ونتناول بإيجاز كلا من هذه المبادىء مستخلصين النتائج المترتبة عليه :

١٨٦ — أولا : وحدة الدين ، السمة الأساسية للتضامن هي احتفاظ الدين بوحدته

السمة الأساسية للتضامن ، سواء أكان سلبياً أم إيجابياً ، هو احتفاظ الدين بوحدته ، فلا ينقسم ، فكما أن الدين لا ينقسم على المدينين المتضامنين ، فهو لا ينقسم بين الدائنين المتضامنين .

ويترتب على وحدة الدين فى التضامن الإيجابى ، ثبوت الحق لأى من الدائنين فى أن يطالب المدين بالدين كله ، وليس فقط بحصته فيه . وفى ذلك تقضى المادة ١/٢٨١ بأنه : « يجوز للدائنين المتضامنين ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء . . . » .

ويترتب على وحدة الدين كذلك ، ثبوت الحق للمدين ، بل الواجب عليه ، فى أن يفى بكل الدين لأى من دائنيه ، سواء أطالبه هذا الدائن بالوفاء ، أم لم يطلبه . هذا هو الأصل العام . ويرد على هذا الأصل استثناء قضى به القانون ، حماية للدائنين المتضامنين بعضهم من بعض . ومؤدى هذا الاستثناء وجوب امتناع الوفاء لأحد الدائنين ، إذا مانع الباقون أو واحد منهم فى ذلك . وفى هذه الحالة ، يجب على المدين أن يؤدى الدين للدائنين مجتمعين ، أو يودع قيمته خزانة المحكمة لحسابهم . وفى ذلك تقضى المادة ١/٢٨٠ بأنه : « إذا كان التضامن بين الدائنين ، جاز للمدين أن يوفى الدين لأى منهم ، إلا إذا مانع أحدهم فى ذلك » .

ولا يتطلب أى شكل خاص أو إجراءات معينة فى الممانعة فى أداء الدين لأحد الدائنين . فيكفى أن يظهر الدائن للمدين رغبته فى ألا ينفرد زميله باستيفاء الدين . ويستوى بعد ذلك أن يظهر له تلك الرغبة شفاها أو فى خطاب عادى أو مسجل أو فى إنذار رسمى يوجه إليه .

وإذا وفى المدين الدين كله لأحد الدائنين أو لهم مجتمعين ، برئت ذمته بالنسبة إليهم كلهم ، على أن يكون لمن استوفى الدين منهم أن يعطى لكل من شركائه حصته فى الدين ، على ما سيجىء .

١٨٧ — انقسام الدين على ورثة كل من الدائنين

مؤدى الفكرة التقليدية للتضامن أنه لا يحول دون انقسام الدين بين الورثة. وقد حال مبدأ «لا تركة إلا بعد سداد الديون» دون إعمالها فى التضامن السلبى ، كما سبق أن بينا[1] . أما فى التضامن الإيجابى ، فلا يوجد ما يعترضها . وقد طبقها القانون فعلا فى المادة ٢٨٠/٢ التى جاءت تقول «ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين ، إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام» .

فإذا مات أحد الدائنين المتضامنين ، انقسم الدين كله على ورثته ، على أساس أنصبائهم فى تركته . فإذا ثبت ، مثلا ، لكل من (ب) و(ج) و (د) دين تضامنى مقداره ٣٠٠ جنيه على المدين (ا) ، ثم مات (ب) مخلفاً ولدين ، انقسم الدين بالنسبة إلى كل مقداره على الولدين ، وخص كل منهما نصفه ، أى مائة وخمسون .

١٨٨ — ثانياً : تعدد الروابط

كما هى الحال تماماً فى التضامن السلبى ، يقوم التضامن الإيجابى على تعدد الروابط . فالدين وإن كان واحداً ، إلا أنه يثبت لكل دائن نتيجة رابطة تجمعه بالمدين متميزة ومستقلة عن الروابط التى تجمع كلا من شركائه بالمدين .

ويترتب على فكرة تعدد الروابط فى التضامن الايجابى النتائج الآتية :

١ — قد تتصف الالتزام ، بالنسبة لأحد الدائنين ، بوصف لا يرد عليه بالنسبة إلى الباقين . ومثال ذلك أن يمنح احد الدائنين المدين أجلا ، مع كون الالتزام بالنسبة إلى الباقين منجزاً . ويجب على كل دائن ، عند رجوعه على

---

(١) جع ما سبق ، نبذة ١٦٨ .

المدين ، أن يراعي الوصف الذى يلحق الدين بالنسبة إليه . وقد تضمنت المادة ٢٨١/١ هذا الحكم ، فبعد أن منحت للدائنين مجتمعين أو منفردين الحق فى مطالبة المدين بكل الدين ، جاءت تقول : « ... ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من أثر الدين » .

٢ — قد تتعيب رابطة المدين بأحد دائنيه بعيوب لا تشوب الروابط التى تجمع بينه وبين الدائنين الآخرين . ومثال ذلك أن يقع المدين فى غلط ، ولا تتوافر شروط إعمال هذا الغلط إلا فى أحد الدائنين دون الباقين ، كما إذا كان هو وحده الذى وقع بدوره فى الغلط ، أو كان يعلم بوقوع المدين فيه ، أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك . ولا يسوغ للمدين أن يتمسك فى مواجهة اى من الدائنين إلا بالعيوب التى تشوب الرابطة التى تجمعه به ، دون تلك التى تشوب رابطته بالآخرين ؛ وذلك بطبيعة الحال إلى جانب العيوب التى تشوب الالتزام فى ذاته . وفى ذلك تقضى المادة ٢٨١/٢ بأنه : « ٢ — ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين ، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن ، وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً » .

٣ — وقد تنقضى الرابطة التى تجمع المدين بأحد دائنين ، مع بقاء الروابط التى تجمع بينه وبين الباقين قائمة ، كما إذا أبرأه أحد دائنيه دون الباقين ، أو انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى هذا الدائن وحده . وفى هذه الحالة ، لا ينقضى الدين ، إلا بالنسبة إلى حصة الدائن الذى زالت رابطته بالمدين . أما باقى الدين فيظل قائماً لصالح الآخرين . وفى ذلك تقضى المادة ٢٨٢ / ١ بأنه : « ١ — إذا برئت ذمة المدين قبل احد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله » .

١٨٩ — ثالثا : النيابة التبادلية بين الدائنين

كما تقوم النيابة التبادلية بين المدينين فى التضامن السلبى، تقوم بين الدائنين فى التضامن الايجابى ، وفى نفس الحدود ، أى فيما ينفع وليس فيما يضر .

فكل من الدائنين المتضامنين يعتبر نائباً عن الباقين ، فيما ينفع هؤلاء ، وليس فيما يضرهم . فإذا أعذر أحد الدائنين المدين ، أعتبر هذا معذراً من جميعهم . ولكن إذا أعذر المدين أحد الدائنين ، أعتبر هذا الأخير معذراً وحده . وإذا طالب أحد الدائنين المدين قضائياً بالدين ، اعتبرت المطالبة القضائية موجهة من الجميع ، بالنسبة إلى سريان الفوائد ، وبالنسبة إلى قطع التقادم . وإذا تصالح أحد الدائنين مع المدين ، كان للباقين أن يفيدوا من هذا الصلح، إذا كان فيه نفع لهم ، ولكن لا يلزمون بنتائجه ، إذا كان ضاراً بهم . المهم فى كل ماسبق أن النيابة التبادلية بين الدائنين تقتصر على ما يكون فيه النفع لهم . أما ما يأتيه أحدهم ويكون من شأنه أن يضر بالباقين ، فلا يسرى إلا عليه وحده ، ولا يعتد به فى مواجهة الباقين ، إلا إذا أقروه بدورهم . وفى ذلك تقضى المادة ٢/٢٨٢ بأنه : « ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملا من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين » .

١٩٠ — (ب) آثار التضامن الايجابى فى علاقة الدائنين بعضهم

ترتد آثار التضامن بين الدائنين فى علاقتهم ببعضهم البعض ، إلى نفس المبدأين اللذين يحكمان آثار التضامن بين المدينين فى علاقتهم ببعضهم البعض ، وهذان المبدأن هما انقسام الدين ، ورجوع كل من الدائنين على من يكون قد استوفى الدين منهم بحصته فيه .

١٩١ — أولا : انقسام الدين بين الدائنين

وحدة الدين لا تكون فى التضامن الايجابى ، كما هو الشأن فى التضامن

السلبى ، إلا فى علاقة الدائنين بالمدين . أما فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض، فإن الدين ينقسم عليهم ، « وتكون القسمة بينهم بالتساوى ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك (المادة ٢٨٣ / ٢) » .

ويترتب على انقسام الدين فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، أن مايستوفيه أحدهم منه يكون من حقهم جميعاً ، ويقتسمونه على أساس حصصهم. وفى ذلك تقضى المادة ٢٨٣/١ بأنه : « كل مايستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعاً ويتحاصون فيه » .

ويلاحظ أن النص يقضى بأن الدائنين يتحاصون فى كل ما يستوفيه أحدهم . وعلى هذا فأى مبلغ يأخذه أحد الدائنين ، ولو كان لا يتجاوز حصته فى الدين ، يكون من حقهم جميعاً [1] ، يقتسمونه على أساس حصصهم [2] . وتظهر أهمية هذا الحكم فى حالة إعسار المدين .

١٩٢ — ثانياً : رجوع الدائنين على من استوفى الدين

يترتب على انقسام الدين بين الدائنين المتضامنين ، إنه إذ استوفاه أحدهم، فى كله أو فى جزء منه ، اعتبر أنه أخذ ما يخصه وما يخص كلا من الباقين ؛ فيسوغ لكل من هؤلاء أن يرجع عليه بنصيبه مما أخذ . فإن كان الدين التضامنى مثلا ، ٣٠٠ جنيه ، وكان مقرراً لصالح (ب) و (ج) و (د) ، ثم استوفاه كله (ب) ، كان لكل من (ج) و (د) أن يطالب (ب) بحصته ، أى بمائة . وإذا لم يكن (ب) قد استوفى من الدين إلا ١٥٠ جنيهاً ، كان لكل من (ج)

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية ما يؤيد هذا الحكم . أنظر الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٦١ .

(٢) ويلاحظ هنا الخلاف بين التضامن الإيجابى والتضامن السلبى . فقد رأينا فى هذا الأخير أنه لايجوز للمدين المتضامن أن يرجع على زملائه إلا بما يكون قد وفاه زائداً على حصته من الدين (أنظر ما سبق ، نبذة ١٧٨) .

و (د) أن يطالبه بخمسين . وإذا أعسر الدائن بعد استيفائه الدين ، تحمل باقى الدائنين تبعة إعساره ، ولا يسوغ لهم أن يرجعوا بشىء ما على المدين ؛ إذ أن ذمة هذا الأخير قد برئت نهائياً عند وفاء الدين للدائن الذى أعسر .

وطريق الدائن المتضامن فى رجوعه بحصته على زميله الذى استوفى الدين هو الدعوى الشخصية . وتؤسس تلك الدعوى على الوكالة ، إن اتضح أن الدائنين قد وكلوا بعضهم البعض فى استيفاء الدين . فإن لم تظهر نية الوكالة ، اسست الدعوى الشخصية على الإثراء بلا سبب . أما دعوى الحلول ، فلا يكون لها هنا مجال بالضرورة . إذ أن هذه الدعوى تكون لمن يوفى الدين للدائن ؛ فهى لا تكون للدائن الذى يستوفى حقه شخص آخر .

المبحث الثانى

عدم قابلية الالتزام للانقسام

١٩٣ — يقصد بالالتزام غير القابل للانقسام obligation indivisible ذاك الذى يتحتم اقتضاؤه من الدائن أو أداؤه من المدين كاملا غير مجزأ . فهذا الالتزام يتميز بأن تنفيذه يتم بأداء كل موضوعه ، من غير أن يعترى هذا الموضوع تجزئة أو انقسام . ومثاله الالتزام بتسليم جواد أو سيارة ؛ فتسليم الجواد أو السيارة لا يمكن أن يتم بالتجزئة ؛ فهو إما أن يتم كاملا ، أو لا يتم أصلا .

١٩٤ — الحالات التى يكون فيها الالتزام غير قابل للانقسام

تعرضت المادة ٣٠٠ للحالات التى يكون فيها الالتزام غير قابل للانقسام ؛ وهى فى ذلك تقضى بأنه : « يكون الالتزام غير قابل للانقسام : (أ) إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم . (ب) إذا تبين من الغرض الذى رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما ، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك » .

ومن هذا النص يبين أن الالتزام يكون غير قابل للانقسام فى حالتين أساسيتين: (أ) أن تحول طبيعة محل الالتزام ذاتها دون تجزئة الوفاء به ، وهذا هو عدم الانقسام الطبيعى أو الحتمى. (ب) أن يتفق الدائن والمدين على عدم تجزئة الوفاء بالالتزام ؛ وهذا هو عدم الانقسام الاتفاقى أو المشترط .

ونتناول فيما يلى ، كلا من هاتين الحالتين .

١٩٥ — (أ) عدم الانقسام الطبيعى أو الحتمى :

فى عدم الانقسام الطبيعى أو الحتمى ، أو المطلق كما يسمى أحياناً ، تحول طبيعة محل الالتزام ذاتها دون إمكان تجزئة الوفاء به . فهذه الطبيعة تحتم بذاتها وبمجردها أن يتم الوفاء بالالتزام كاملا غير مجزأ . وأبرز مثال لهذه الحالة ، الالتزام بتسليم حيوان حى كبقرة أو جواد ؛ فطبيعة البقرة أو الجواد تحول دون إمكان تجزئة التسليم .

وإذا استعرضنا الأنواع المختلفة للالتزامات بالنسبة إلى عدم الانقسام الطبيعى وجدنا الآتى :

فيما يتعلق بالتزام بالإعطاء أو الالتزام بنقل الحق العينى أو بإنشائه ، نجد أن عدم الانقسام الطبيعى لا يرد عليه فى الأصل . إذ أن تجزئة الوفاء بهذا الالتزام يغلب أن تكون ممكنة ، من الناحية القانونية أو المعنوية ، إن لم تكن من الناحية المادية . فإذا باع شخصان مثلا ، بقرة يملكانها فى الشيوع بحق النصف لكل منهما ، كان التزامهما بنقل ملكيتها إلى المشترى قابلا الانقسام ، إذا قصرنا النظر على مجرد موضوعه ؛ إذ أنه يسوغ لكل من البائعين أن ينفذ التزامه بنقل حصته فى البقرة شائعة إلى المشترى . فالتجزئة المعنوية أو القانونية للالتزام هنا ممكنة ، وإن كانت تجزئة البقرة مادياً مستعصية . وإمكان حصول التجزئة المعنوية أو القانونية كاف لرفع وصف عدم القابلية للانقسام عن الالتزام . ويستثنى من الأصل السابق الالتزام بإنشاء حق الارتفاق وحق الرهن ، إذ أن هذين الحقين لا يقبلان الانقسام بطبيعتهما .

وفيما يتعلق بالالتزام بعمل ، نجد الأمر يختلف وفقا لطبيعة العمل . ففى بعض الأحيان ، يكون الالتزام بعمل قابلا بطبيعته للانقسام . وأبرز مثال لذلك الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، إذ النقود قابلة للتجزئة . ومن أمثلة الالتزام بعمل القابل للانقسام أيضاً الالتزام بتسليم قطعة أرض أو كمية من القطن أو القمح . وفى بعض الأحيان الأخرى ، يكون الالتزام بعمل غير قابل للانقسام بطبيعته ، كالالتزام بتسليم جواد أو سيارة، وكالتزام البائع بدفع التعرض الذى يقع من الغير للمشترى .

أما الالتزام بالامتناع عن عمل ، فيغلب أن يكون غير قابل للانقسام بطبيعته . فإذا باع الشركاء فى متجر ، مثلا ، متجرهم هذا والتزموا بعدم منافسة المشترى ، ما اعتبر التزامهم هذا متنفذاً ، إلا إذا امتنعوا جميعاً عن إجراء كل ما يترتب عليه حصول المنافسة .

١٩٦ — (ب) عدم الانقسام الاتفاقى أو المشروط

لا يرجع عدم انقسام الالتزام إلى طبيعة محله فحسب . إذ أنه يجوز أيضاً أن يخلع هذا الوصف عليه ، بمقتضى اتفاق الدائن والمدين . فالاتفاق على عدم انقسام الالتزام يحول دون تجزئة الوفاء به ، حتى لو كان محله مما يقبل التجزئة فى ذاته[1] .

والاتفاق على عدم انقسام الالتزام قد يجىء صريحاً ، وقد يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال . ومثال الاتفاق الصريح أن يقترض شخصان أو أكثر مبلغاً من النقود ويتفقان مع الدائن على عدم تجزئة الوفاء به ؛ فهنا

---

(١) وإمكان الاتفاق على عدم الانقسام لا يقتصر على الالتزام الواحد . إذ أنه يجوز للدائن بالتزامين أو أكثر أن يتفق مع المدين أو المدينين ، إذ تعددوا ، على الجمع بين هذه الالتزامات، وبأن يكون مجموعها لا يقبل التجزئة . أنظر فى هذا المعنى : السنهورى ، الوسيط ج٣ ص٣٨١ هامش ١ — اسماعيل غانم ، أحكام الالتزام ص٣٠٦ هامش ١ — نقض ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ ، مجموعة النقض س ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤ .

يبقى الالتزام واحداً ولا ينقسم على المقترضين ، برغم أن النقود فى ذاتها تقبل التجزئة . أما الاتفاق الضمنى على عدم تجزئة الوفاء بالالتزام ، فهو الذى يستخلص من ظروف الحال . وأهم تلك الظروف فى العمل هو الغرض الذى يرمى إليه الدائن والمدين من تنفيذ الالتزام . فإذا تبين من الغرض الذى يرمى إليه المتعاقدان من تنفيذ الالتزام أنهما ارتضيا عدم تجزئة الوفاء به ، اعتبر أن هناك اتفاق ضمنى بينهما على عدم الانقسام ، وأنتج هذا الاتفاق ما هدف إليه . ومثال هذه الحالة أن يتفق شخص مع عدة مقاولين على أن يشيدوا له داراً وفقاً لمواصفات معينة ، فواضح هنا أن الغرض الذى قصده رب العمل ووافقه عليه المقاولون هو تشييد الدار كاملة ؛ فلا يسوغ الوفاء بالالتزام مجزأ ، برغم أن تشييد الدار فى ذاته يقبل التجزئة ، إذ أنه من الممكن أن يقوم أحد المقاولين بوضع الأساس وأن يتولى ثان إقامة الجدران وثالث الأبواب والنوافذ .. الخ . ومثال الحالة التى نحن بصددها أيضاً أن تباع قطعة أرض معدة للبناء محدودة المساحة ، بحيث يتعذر على المشترى البناء عليها للغرض الذى يستهدفه إلا إذا أخذها كلها ، أو يتعذر على البائع تصريف ما بقى منها إذا لم ينفذ البيع على جزء منها [1].

---

(١) ومثال عدم تجزئة الوفاء بالالتزام وفقاً للغرض الذى قصده المتعاقدان كذلك ما استخلصته محكمة الموضوع ووافقتها عليه محكمة النقض فى قضية تتلخص وقائعها فى الآتى :

باع شخص لآخر قطعتى أرض منفصلتين الواحدة عن الأخرى ، وأفرغ البيع فى محرر واحد ، واشترط أن يدفع المشترى جزءاً من ثمن القطعة الأولى وفاء لدين يخصها مقرر لأحد من الغير ، وأن يدفع الباقى من هذا الثمن وفاء لدين يخص القطعة الثانية ، وأن يدفع من ثمن القطعة الثانية ما يكمل الوفاء بالدين الذى يخصها ، والباقى من هذا الثمن يكون من حق البائع . واستخلصت المحكمة من هذه الوقائع أن البائع استهدف من بيع القطعتين التخلص من كل ديونه دفعة واحدة ، وأنه قصد أن يكون التزام المشترى بدفع ثمن القطعتين واحداً لا يقبل التجزئة . وانتهت المحكمة من ذلك إلى القضاء برفض الدعوى التى رفعها المشترى بصحة ونفاذ البيع بالنسبة إلى إحدى القطعتين وحدها ، والتى أسسها على قيامه بدفع كل الثمن الخاص بها . وأسندت المحكمة قضاءها على أن الثمن المستحق على المشترى هنا هو ثمن القطعتين ، وأن هذا الثمن لا يقبل التجزئة ؛ فإذا كان المشترى لم يدفعه كله ، حق للبائع أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه بنقل ملكية القطعتين كليهما . أنظر نقض ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ ، مجموعة أحكام النقض س ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤ .

ويغلب فى العمل أن يكون عدم الانقسام المشروط متفقا عليه لمصلحة الدائن ، إذ أنه فى اشتراطه ضمان قوى لاستيفائه دينه عند تعدد المدينين ، فضلا عن اليسر الذى يتاح له فى اقتضائه ، كما سنبينه بعد قليل . ولكن لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يشترط عدم الانقسام لمصلحة المدين . ومثال هذه الحالة الأخيرة ، ما تشترطه الشركات عادة بالنسبة للأسهم والسندات ، حيث تستلزم عدم التجزئة بالنسبة إلى قيمتها وأرباحها أو فوائدها .

وفى جميع الأحوال ، يلزم ، للقول بوجود اتفاق على عدم انقسام الالتزام ، أن تكون الإرادة المشتركة للدائن والمدين كليهما قد انصرفت إليه ، فلا يكفى أن تنصرف إليه إحدى هاتين الإرادتين دون الأخرى . ويلزم أيضا أن يكون الاتفاق على عدم الانقسام ، سواء أكان صريحا أم ضمنيا ، قاطعا فى الدلالة عليه . فهو ، كالتضامن ، لا يفترض . إذ أن الأصل فى الالتزام هو انقسامه ، إذا تعدد الدائنون أو المدينون . كما سبق أن بيناه فى حينه ، وما يخالف الأصل لا يفترض ولا يتوسع فى تفسير ما يؤدى إليه . وعلى وجه الخصوص ، لا يفترض عدم انقسام الالتزام ، لمجرد أن الالتزام الذى يقابله غير قابل للانقسام . فإذا التزم شخصان ، مثلا ، بنقل ملكية أرض ، وكان التزامهما غير قابل للانقسام ، فإن الالتزام بدفع ثمن هـــذه الأرض لا يتصف بعدم الانقسام ، لمجرد أن الالتزام الأول اتسم به ، بل يلزم لذلك أن يشترط عدم الانقسام بالنسبة إلى الثمن .

ويلاحظ أن عدم انقسام المشروط ، أى ذاك الذى يجيء نتيجة الاتفاق عليه ، يختلف فى أثره باختلاف ما إذا كان قد اشترط تحقيقا للغرض من الالتزام ، أو ما إذا كان قد اشترط لضمان استيفاء الدائن دينه .

ففى الحالة الأولى ، يقتصر عدم الانقسام على التنفيذ العينى . فلا يرد على التعويض الذى يستحق عند عدم إجراء هذا التنفيذ . فإذا باع شخصان مثلا ، قطعة أرض ، بغرض أن يبنى المشترى عليها كلها داراً أو مصنعا ،

كان التزام البائعين بنقل الملكية غير قابل للتجزئة ، وفقاً للغرض المقصود منه ؛ الأمر الذى يجعل التنفيذ العينى لهذا الالتزام غير حاصل بالنسبة إليه فى مجموعه ، حتى لو امتنع هـذا التنفيذ بالنسبة إلى جزء فقط من الأرض . أما إذا استحال تنفيذ الالتزام بنقل الملكية إلى تعويض ، فإن التعويض ينقسم على البائعين ، ولا يكون كل منهما ملتزماً إلا بدفع حصته منه . إذ أنه هنا يتخلف الغرض الذى من أجله اشترط عدم الانقسام . وهذا هو نفس ما يحصل بالنسبة إلى عدم انقسام الالتزام الناشىء من طبيعة محله ، أى عدم الانقسام الطبيعى أو الحتمى . فهنا أيضاً لا يلحق عدم الانقسام إلا التنفيذ العينى ، دون التنفيذ بطريق التعويض ، إذا قام هذا التعويض ، كما هو الغالب ، على مبلغ من النقود . فإذا التزم شخصان ، مثلا ، بتسليم حصان ، كان التنفيذ العينى لهذا الالتزام غير قابل للانقسام ؛ إذ أن طبيعة موضوعه تحول بذاتها دون إمكان تجزئة الوفاء به . أما إذا استحال هذا الالتزام إلى تعويض ، فإن التعويض ينقسم على المدينين ؛ إذ أن طبيعة النقود التى يقوم التعويض عليها لا تحول دون انقسامه .

أما فى الحالة الثانية لعدم الانقسام المشروط ، أى تلك التى يشترط فيها عدم انقسام الالتزام لضمان حق الدائن ، فإن هـذا الوصف يلحق التنفيذ العينى والتنفيذ بطريق التعويض على حد سواء . إذ أن الغاية المقصودة هنا من اشتراط عدم الانقسام هى توفير الضمان واليسر للدائن فى استيفاء حقه . وهذه الغاية لا تتحقق إلا إذا توافرت عدم التجزئة بالنسبة إلى نوعى التنفيذ كليهما .

١٩٧ — يخلص من كل ما سبق أن عدم انقسام الالتزام يرجع فى مصدره إلى أحد أمرين : (الأول) أن تحول طبيعة موضوع الالتزام ذاتها دون إمكان تجزئة الوفاء به . وهذا هو عدم انقسام الالتزام الطبيعى أو الحتمى أو المطلق . (الثانى) أن يتفق الدائن والمدين على عدم انقسام الالتزام ،

سواء أجاء هذا الاتفاق صريحاً ، أم استخلص ضمنا من ظروف الحال ، لاسيما من الغرض من تنفيذ الالتزام . وهذا هو عدم الانقسام الاتفاقى أو المشروط .

كما يخلص مما سبق أن عدم انقسام الالتزام ، ينقسم بالنسبة إلى مدى أثره ، إلى نوعين : (الأول) عدم انقسام لا يلحق الالتزام ، إلا بالنسبة إلى التنفيذ العيني ، دون التنفيذ بطريق التعويض . ويشمل هذا النوع عدم الانقسام الذي يرجع إلى طبيعة محل الالتزام ، وذلك الذي يشترط تحقيقاً للغرض المقصود من الالتزام . (الثاني) عدم انقسام يلحق الالتزام بالنسبة إلى التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض على حد سواء . وهذه هي حالة الانقسام الذي يشترط لمجرد الضمان .

١٩٨ — متى تبرز أهمية عدم انقسام الالتزام ؟

بينا فيما سبق حالات عدم انقسام الالتزام . ويكاد لا يكون لهذا الوصف أثر ، طالما كان كل من الدائن والمدين واحداً لا يتعدد[1] . إذ أنه في هذه الحالة ، يسوغ للدائن أو للمدين أن يعتبر الالتزام غير قابل للانقسام ، حتى لو كان هو في ذاته يقبل التجزئه . وذلك لأن الأصل هو أن الدائن لا يجبر على قبول الوفاء الجزئي بحقه (المادة ١/٣٤٢) ، كما أن للمدين أن يلزم الدائن باستيفاء كل الدين .

أما إذا تعدد المدينون أو الدائنون ، سواء أنشأ تعددهم هذا عند قيام الالتزام ، أم في تاريخ لاحق ، كما إذا مات الدائن وانتقل حقه بموته إلى ورثة

---

(١) ومن الآثار القليلة التي ينتجها عدم انقسام الالتزام في حالة وحدة كل من الدائن والمدين أنه لا يجوز للقاضي ، عند منحه نظرة الميسرة تطبيقاً للمادة ٢/٣٤٦ ، أن يحكم بالوفاء بالالتزام غير قابل للانقسام على أقساط ، وإن ساغ له أن يرجئ الوفاء بالالتزام في مجموعة الى الأجل الذي يراه . أنظر في هذا المعنى : السنهوري ، الوسيط ج ٣ ص ٣٨١ .

متعددين[1] ، فإن أهمية عدم انقسام الالتزام تبرز واضحة . إذ أنه يترتب عليه هنا آثار فعالة . ونتناول هذه الآثار فيما يلي ، مفرقين بين حالة تعدد المدينين وحالة تعدد الدائنين .

١٩٩ — (١) آثار عدم انقسام الالتزام عند تعدد المدينين

إذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام ، كان لهذا الوصف آثار فى علاقة المدينين بالدائن ، وآثار أخرى فى علاقة المدينين بعضهم ببعض . ونتناول هذين النوعين من الآثار فيما يلى :

٢٠٠ — أولا : آثار عدم الانقسام فى علاقة المدينين بالدائن

يقوم عدم انقسام الالتزام فى علاقة المدينين بالدائن على مبدأين أساسيين ، هما وحدة الدين . وتعدد الروابط . وهو ، فى هذين الأمرين ، يتفق مع التضامن . ولكنه يختلف عنه فى عدم انطوائه على النيابة التبادلية بين المدينين .

٢٠١ — وحدة الدين : يترتب على وحدة الدين ، كما هو الحال تماماً فى التضامن ، ثبوت الحق للدائن فى أن يطالب أياً من المدينين بالوفاء الكامل للالتزام غير القابل للانقسام . وفى هذا تقضى المادة ١/٣٠١ بأنه : « إذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملا » .

وإذا وفى أحد المدينين بالالتزام ، برئت ذمته وذمة المدينين الآخرين فى مواجهة الدائن ، مع ثبوت حق الموفى فى الرجوع على شركائه بحصصهم ، كما سيجيء بعد قليل . ويستوى مع الوفاء أسباب الانقضاء الأخرى التى تعادله ، كالوفاء بمقابل والتجديد والمقاصة التى يتمسك بها المدين المطالب فى حق يكون ثابتاً له على الدائن .

---

(١) أما موت المدين وتخليفه ورثة متعددين ، فلا يجعل لعدم انقسام الالتزام أهمية تذكر فى قانوننا ، بخلاف ما عليه الحال فى فرنسا وفى غيرها من البلاد الأوربية . إذ أن الدين عندنا لا ينتقل إلى ورثة المدين بعد موته ، بل تظل تركته ملتزمة به إلى أن ينقضى . وعلى هذا يجوز للدائن أن يطالب تركة مدينة بكل دينه ، حتى لو تعدد ورثته ، وحتى لو كان الدين مما يقبل التجزئة فى وفائه .

٢٠٢ — **تعدد الروابط :** إلى جانب وحدة الدين ، يقوم الالتزام غير القابل للانقسام على تعدد الروابط ، شأنه فى هذا أيضاً شأن الالتزام التضامنى . فالدين ، وإن كان واحداً ، إلا أنه يثقل كل مدين نتيجة علاقة خاصة تربطه بالدائن ، استقلالا عن العلاقات التى تربط هذا الدائن بكل من المدينين الآخرين . ويترتب على تعدد الروابط هنا نفس الآثار التى رأيناها فى التضامن ، والتى تتلخص فيما يأتى :

١ — قد تتعيب الرابطة التى تجمع الدائن بأحد المدينين بعيوب لا تشوب الروابط التى تجمع الدائن بكل من الباقين ، كما إذا كان ناقص الأهلية أو شاب رضاءه وحده غلط أو تدليس أو إكراه .

٢ — قد يرد على الالتزام غير القابل للانقسام وصف ، كأجل أو شرط ، بالنسبة إلى مدين معين ، فى حين أن هذا الوصف لا يرد على الالتزام فيما يتعلق بالباقين .

٣ — قد ينقضى الالتزام غير القابل للانقسام بالنسبة إلى مدين معين ، مع بقائه قائماً بالنسبة إلى غيره[1] ، كما إذا تقادم الدين بالنسبة إليه وحده ،

(١) ويقول أستاذنا الكبير السنهورى برأى عكس مؤداه أن انقضاء الدين غير القابل للانقسام بالنسبة إلى أحد المدينين يؤدى إلى انقضائه بالنسبة إلى الباقين ، حتى لو حصل هذا الانقضاء بسبب آخر غير الوفاء أو ما يعادله ، كما لو حصل نتيجة إبراء الدائن أحد المدينين دون الباقين أو نتيجة تقادم الدين بالنسبة إليه (أنظر السنهورى ، الوسيط ج ٣ نبذة ٢١٧) . ونحن لا نستطيع أن نقر هذا الرأى . إذ أنه فى الالتزام غير القابل للانقسام ، كما هو الحال تماما فى الدين التضامنى ، يعتبر كل مدين متحملا بالدين كله ، وتحمله بهذا الدين ينشأ من رابطة تجمعه بالدائن مستقلة ومتميزة عن الروابط التى تجمع بين الدائن وبين باقى المدينين . فإذا انقضت الرابطة التى تجمع هذا المدين بالدائن نتيجة سبب خاص يمسها وحدها ، فإن ذلك لا يمس ، بحسب الأصل ، الروابط الخاصة بالباقين . ويترتب على ذلك بقاء الدين قائماً بالنسبة إلى هؤلاء الأخيرين . ولما كان انقضاء الدين ، بالنسبة إلى المدين الذى نحن بصدده ، قد وقع بسبب يعزى للدائن ، كان على هذا الأخير أن يتحمل بحصته من غرم الدين ، ولا يحمل بها الباقين . من أجل ذلك كان للدائن أن يرجع على هؤلاء بالدين على النحو الذى بيناه فى المتن . وقد وصل زميلنا الدكتور عبد الحى حجازى إلى نفس الحكم الذى تقول به ، وإن كان لم يطبقه بكل مؤداه فى حالة تقادم الدين غير القابل للانقسام بالنسبة إلى أحد المدينين ؛ إذ أنه يرى هنا أن الدين يبقى قائماً بالنسبة إلى باقى المدينين ، ويكون للدائن أن يطالب به أياً منهم دون استنزال شيء منه (أنظر عبد الحى حجازى ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ص ٢٦٢ وما بعدها) .

أو أبرأه الدائن منه دون الباقين . وفى هذه الحالة ، يكون للدائن الحق فى أن يطالب كلا من المدينين الذين لم ينقض الدين بالنسبة إليهم بالدين كاملا . مع اقتطاع حصة ذاك الذى انقضى الدين بالنسبة إليه ، إذا أمكن تجزئة الوفاء . أما إذا كانت هذه التجزئة غير ممكنة ، إما لأن طبيعة محل الالتزام تحول دونها ، وإما لأن وقوعها يتجافى مع الغرض المقصود من الالتزام ، كان للدائن أن يطالب أياً من المدينين الذين لم ينقض الالتزام بالنسبة إليهم بالوفاء الكامل ، مع ثبوت الحق للموفى فى أن يرجع عليه (على الدائن) بقيمة حصة المدين الذى تقرر الانقضاء لصالحه .

٤ — يجوز لكل من المدينين فى الدين غير القابل للانقسام أن يتمسك ، فضلا عن الدفوع المتعلقة بالالتزام فى ذاته ، بالدفوع الخاصة به . ولكنه لا يجوز أن يتمسك بالدفوع الخاصة بغيره من المدينين .

٢٠٣ — عدم قيام النيابة التبادلية : يختلف الالتزام غير القابل للانقسام عن الالتزام التضامنى فى أنه لا ينطوى على نيابة تبادلية بين المدينين ، لا فيما ينفعهم ولا فيما يضرهم . وهذا هو الرأى السائد فى الفقه الفرنسى : ولا يوجد نص فى قانوننا يقطع به . ولكن الأعمال التحضيرية التى اكتنفته تؤيده[1] . وتسير عليه أغلبية فقهائنا[2] .

---

(١) فعند مناقشة النصوص الخاصة بعدم قابلية الالتزام للانقسام أمام لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، اقترح مستشارو محكمة النقض إضافة نص مؤداه : « تسرى أحكام التضامن على الالتزام غير القابل للانقسام وذلك بقدر ما تتفق هذه الأحكام مع طبيعته » . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح . وقد بررت قرارها هذا بأن « أكثر أحكام التضامن تقوم على فكرة النيابة ، ومن الأحوط التحرز من بسط نطاق هذه الفكرة على الالتزام غير القابل للانقسام . أما بيان الأحكام التى يشير إليها الاقتراح ، فيرجع فيها إلى القواعد العامة . فضلا عن أن صيغة النص المقترح لا ترد القاضى إلى ضابط بين المعالم » .

(٢) وقد قال بهذا الرأى : السنهورى ، الوسيط ج ٣ نبذة ٢١٨ — عبد الحى حجازى ، النظرية العامة للالتزام ج ١ ص ٢٦٤ . وعارضه إسماعيل غانم ، أحكام الالتزام ، نبذة ٢١٨ .

فالمدين فى الدين غير القابل للانقسام لا يعتبر ، فيما يقوم به من أعمال ، ممثلا إلا لنفسه ؛ فهو لا ينوب فيها عن غيره ، حتى لو كان من شأن القول بنيابته منهم نفعهم . وفى هذا يختلف الالتزام غير القابل للانقسام عن الالتزام التضامنى ؛ إذ أن هذا الأخير ينطوى ، كما بيناه فى حينه ، على نيابة تبادلية فيما ينفع وليس فيما يضر .

فإذا أعذر أحد المدينين فى الدين غير القابل للانقسام الدائن ، ما اعتبر الدائن معذراً إلا منه . وإذا وجه الإعذار من الدائن إلى أحد المدينين ، فإن هذا الأخير وحده هو الذى يعتبر معذراً ، دون الباقين . وكذلك الشأن بالنسبة إلى المطالبة القضائية ، وما يترتب عليها من استحقاق الفوائد التأخيرية[1] .

على أنه إذا كانت النيابة التبادلية لا تقوم فى الدين غير القابل للانقسام ، إلا أنه قد يترتب على عمل يجريه الدائن فى مواجهة أحد المدينين أن ينتفع به الباقون ، استناداً إلى مبدأ آخر يؤدى إلى هذا الحكم ؛ وهذا هو مبدأ وحدة الدين وعدم انقسامه . فإذا أقر الدائن ، مثلا ، فى مواجهة أحد المدينين ، ببطلان الالتزام لسبب يمس هذا الالتزام فى ذاته ، كعدم مشروعية محله أو سببه ، أفاد الباقون من هذا الإقرار ، لا استناداً إلى أن من صدر فى مواجهته هذا الإقرار كان يمثلهم فى تلقيه ، ولكن استناداً إلى أن الالتزام واحد ، وأنه لا يمكن أن يكون باطلا وصحيحاً فى نفس الوقت . وكذلك الشأن لو صدر الحكم لصالح أحد المدينين ضد الدائن ببطلان الدين لسبب يمسه فى ذاته[2] . أما إذا صدر الحكم لصالح الدائن فى مواجهة أحد المدينين ،

---

(١) وهذا هو نفس الحكم الذى رأيناه بالنسبة إلى التضامن ، استناداً إلى أن النيابة التبادلية فيه مقصورة على ما ينفع المدينين ، دون ما يضرهم .

(٢) ويلاحظ أن بعض الفقهاء يتمادون فى الاعتداد بوحدة الدين غير القابل للانقسام ، ويقولون بنتائج لا تخلو ، فى رأينا ، من المبالغة والإسراف . فهم يقولون ، مثلا ، بأنه إذا انقطع التقادم أو وقف بالنسبة إلى أحد المدينين ، فإنه ينقطع أو يقف بالنسبة إلى الآخرين ، وإنه إذا وجهت اليمين الحاسمة إلى أحد المدينين فحلفها وبرئت ذمته من الدين نتيجة لذلك ، أفاد الباقون =

فهذا الحكم لا يسرى على الباقين ، لأنهم لم يكونوا ممثلين فى الدعوى .

وقد بنت المادة ٣٨٤ مرافعات على وحدة الدين غير القابل للانقسام حق المدين الذى فوت ميعاد الطعن فى الحكم أو قبله فى أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضماً إليه فى طلباته .

٢٠٤ — ثانياً : آثار عدم الانقسام فى علاقة المدينين ببعضهم

إذا وفى أحد المدينين بالالتزام غير القابل للانقسام ، أو أداه بسبب آخر يعادل الوفاء ، كالوفاء بمقابل والمقاصة والتجديد ، كان له أن يرجع بالضرورة على زملائه . لأن الدين الذى وفاه لم يكن عليه وحده . بل عليه وعلى الآخرين .

بيد أن حق المدين الموفى فى الرجوع على زملائه يثبت له منقسما على هؤلاء . لأن عدم القابلية للالتزام ترد عليه حالة كونه ثابتاً للدائن . فإن استوفاه الدائن ، انقضى هذا الالتزام ، ونشأ حق جديد للموفى فى أن يرجع

= من هذا الحلف ، وبرئت ذممهم بدورهم (أنظر: السنهورى ، الوسيط ج٣ نبذة ٢١٨ — عبد الحى حجازى ، النظرية العامة للالتزام ص ٢٦٤ وما بعدها) . وهذا القول محل للنظر . إذ أن وحدة الدين ، لا تمنع من أنه يثقل كل مدين نتيجة رابطة مستقلة تجمعه بالدائن . فإذا انقطع التقادم أو وقف بالنسبة إلى أحد المدينين وترتب على ذلك بقاء الدين فى مواجهته ، فهذا لا يمنع من انقضاء هذا الدين بالنسبة إلى الباقين ، إذا اكتملت مدة التقادم بالنسبة إليهم . ولا يحول عدم انقسام الدين دون الأخذ بهذه النتيجة . إذ أن الدين يبقى قائماً فى مجموعة فى مواجهة المدين الذى لم ينقض دينه ، ويكون للدائن ، كأصل عام أن يطالبه بالوفاء الكامل له . إلا أنه لا يجوز، من ناحية أخرى، أن يضار هذا المدين بانقضاء الدين بالنسبة إلى غيره ، بحرمانه من الرجوع عليهم بحصصهم فيه . فهذا الغرم يجب أن يتحمله الدائن ، لأن انقضاء الدين بالنسبة إلى هؤلاء حصل بسبب يعزى إليه . من أجل هذا كان على الدائن ، عندما يطالب المدين الذى لم ينقض الالتزام بالنسبة إليه ، ان يقتطع منه حصص زملائه الذين انقضى الدين بالنسبة اليهم؛ هذا إذا كانت تجزئة الوفاء ممكنة . أما اذ كانت تلك التجزئة متعذرة ، كان للدائن أن يطالب بكل الدين، على أن يدفع للمدين قيمة حصص زملائه فيه . ويسرى الحكم الذى رأيناه، بالنسبة إلى التقادم ، على انقضاء الدين بالنسبة إلى أحد المدينين ، نتيجة حلفه اليمين الحاسمة . فالدين هنا يبقى بالنسبة إلى الآخرين ، مع تحمل الدائن حصة المدين الذى انقضى الدين بالنسبة إليه ، على الوجه الذى بيناه .

على كل من زملائه بحصته . وينقسم رجوع الموفى على زملائه ، حتى لو كان بما له من حق الحلول محل الدائن قد رجع بدعوى هذا الأخير .

وينقسم الدين على المدينين بنسبة حصصهم فيه . والأصل هو تساوى هذه الحصص ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره .

هكذا يخلص أن للمدين الموفى أن يرجع على كل من زملائه بحصته في الدين ، مالم يتضح من الظروف امتناع رجوعه عليهم أو على بعضهم ، كما إذا كان هو صاحب المصلحة وحده فى الدين ، ولم يلتزم به الباقون إلا لتوفير ضمان استيفاء الدائن إياه ، وكما إذا كان موضوع الالتزام هو تسليم شيء مملوك فى الشيوع للجميع ، وسلمه أحد المدينين لوجوده بين يديه . وفى هذا تقضى المادة ٢/٣٠١ بأنه : « وللمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقين ، كل بقدر حصته ، إلا إذ تبين من الظروف غير ذلك » .

٢٠٥ — (ب) آثار عدم انقسام الالتزام عند تعدد الدائنين :

إذا تعدد الدائنون فى التزام غير قابل للانقسام ، أنتج هذا الوصف آثاراً فى علاقة الدائنين بالمدين ، وآثاراً أخرى فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض . ونبين هذين النوعين من الآثار على التوالى :

٢٠٦ — أولا : آثار عدم الانقسام فى علاقة الدائنين بالمدين :

يخضع عدم انقسام الالتزام عند تعدد الدائنين ، فى علاقة هؤلاء بالمدين ، لنفس المبادىء الثلاثة التى رأيناها تحكم عدم انقسام الالتزام عند تعدد المدينين فى علاقتهم بالدائن ؛ وهى : وحدة الدين وتعدد الروابط وانتفاء النيابة التبادلية فيما ينفع وفيما يضر على حد سواء .

٢٠٧ — **وحدة الدين** : فالالتزام غـير القابل للانقسام عند تعدد الدائنين ، كما هو الشأن تماماً عند تعدد المدينين ، وكما هو الشأن فى التضامن ، يحتفظ بوحدته فى علاقة الدائنين بالمدين ، بل إن وحدة الالتزام هنا أقوى

منها فى التضامن . فقد رأينا أن التضامن لا يحول دون انقسام الدين بين ورثة الدائن[1] . ولكن عدم الانقسام يحول دون تجزئة الالتزام ، حتى فى حالة ما إذا مات الدائن وخلفه فى حقه عدة ورثة . وهكذا فالدين غير القابل للانقسام يظل محتفظاً بوحدته فى علاقة الدائنين بالمدين ، وفى علاقة هذا الأخير بكل وارث من ورثة أى من الدائنين . ويترتب على ذلك أنه يجوز لكل واحد من الدائنين ولكل واحد من ورثة أى منهم أن يطالب المدين بالالتزام كاملا . إذ أن كلا من هؤلاء يعتبر ، فى مواجهة المدين ، دائنا بكل الحق . وتستثنى من هذا الحكم الحالة التى يعترض فيها أحد الدائنين أو أحد من ورثة أى منهم على حصول الوفاء الكامل لبعض منهم ؛ إذ هنا يتحتم على المدين الوفاء بالالتزام للدائنين مجتمعين ، أو أن يودع الشىء محل الالتزام لحسابهم . وفى ذلك تقضى المادة ١/٣٠٢ بأنه : « إذا تعدد الدائنون فى التزام غير قابل للانقسام ، أو تعدد ورثة الدائن فى هذا الالتزام ، جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب بأداء الالتزام كاملا . فإذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك ، كان المدين ملزماً بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو إيداع الشىء محل الالتزام » .

٢٠٨ — : عند تعدد الدائنين فى التزام غير قابل للانقسام ، تتعدد الروابط التى تجمع بين كل منهم وبين المدين . فإن اعتبر كل منهم دائناً بكل الحق ، إلا أنه يعتبر دائناً به نتيجة علاقة تربطه بالمدين مستقلة ومتميزة عن العلاقات التى تربط كلا من زملائه بهذا المدين . ويترتب على ذلك أن علاقة كل دائن بالمدين قد تتعيب بعيوبها الخاصة ، كما إذا توافرت فى حقه وحده شروط إعمال الغلط الذى وقع فيه المدين . ثم أن الالتزام قد يتصف فى مواجهة أحد الدائنين بأوصاف لا ترد عليه بالنسبة إلى الباقين . ومثال ذلك أن ينفرد أحد الدائنين بمنح المدين أجلا . وهنا تراعى الأوصاف الخاصة بكل دائن عند مطالبته المدين بالوفاء ، ولكنها لا تسرى فى حق

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١٨٧ .

الدائنين الآخرين . ويترتب على تعدد الروابط فى النهاية أن الالتزام قد ينقضى بالنسبة إلى أحد الدائنين ، مع بقائه قائماً لصالح الباقين . مثال ذلك أن ينفرد أحد الدائنين بإبراء المدين أو ينقضى الدين بالتقادم بالنسبة إليه وحده . وإذا انقضى الالتزام بالنسبة إلى أحد الدائنين دون الباقين ، كان لأى من هؤلاء أن يطالب المدين بالوفاء الكامل للالتزام ، بعد استنزال حصة زميلهم الذى انقضى الالتزام بالنسبة إليه[1] .

٢٠٩ — انتفاء النيابة التبادلية بين الدائنين :

النيابة التبادلية لا تقوم ، كما بينا ، فى نظام الالتزام غير القابل للانقسام ، لا فيما ينفع وفيما يضر ، بخلاف الحال فى التضامن ، حيث تقوم تلك النيابة فيما ينفع وليس فيما يضر . فالدائنون فى الالتزام غير القابل للانقسام لا ينوبون بعضهم عن بعض ، حتى فيما يؤدى إلى نفعهم . فإذا قطع أحدهم التقادم ، مثلا ، أو وقف سريانه بالنسبة إليه ، ما أفاد من ذلك غيره من الدائنين[2] ، الأمر الذى قد يترتب عليه انقضاء الالتزام بالنسبة إلى زملائه ، مع بقائه قائماً بالنسبة إليه فى حدود حصته . وإذا تصالح أحد الدائنين مع المدين ، ما سرى هذا الصلح على الباقين إلا إذا أقروه . وإذا صدر الحكم ضد أحد الدائنين ، ما أضر بالباقين .

ولكن إذا كانت النيابة التبادلية لا تقوم بين الدائنين فى الالتزام غير القابل للانقسام ، إلا أنه قد يترتب على عمل يجريه أحدهم النفع له وللباقين ، ولكن على أساس آخر ، وهو كون الالتزام لا يقبل الانقسام . فإذا صدر »

(١) هذا إذا كانت تجزئة الوفاء ممكنة . أما إذا تعذرت تلك التجزئة ، كما إذا كان محل الالتزام غير قابل للانقسام بطبيعته أو بحسب الغرض المقصود من الالتزام ، كان للدائن أن يطالب بأداء موضوع الالتزام كاملا ، على أن يدفع للمدين قيمة حصة زميله الذى انقضى الالتزام بالنسبة إليه .

(٢) أنظر عكس ذلك : السنهورى ، الوسيط ج ٣ نبذة ٢٢٦ — عبد الحى حجازى ج ١ ص ٢٧٣ .

مثلا . حكم لصالح أحد الدائنين بصحة الالتزام ، بعد أن دفع المدين ببطلانه استنادا إلى سبب أدعى أنه يمسه فى ذاته ، كعدم مشروعية محله ، أفاد الباقون من هذا الحكم ، لأن الالتزام واحد ، والالتزام الواحد لا يمكن أن يكون صحيحاً وباطلا فى آن واحد ، إذا ما راعيناه فى ذاته .

٢١٠ — ثانياً : آثار الالتزام غير القابل للانقسام فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض

كما هو الحال فى التضامن الإيجابى ، لا يحتفظ الالتزام غير القابل للانقسام عند تعدد الدائنين إلا فى علاقة هؤلاء بالمدين . أما فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض ، فالالتزام ينقسم بينهم . فإذا استوفى أحد الدائنين الدين ، اعتبر فى مواجهة الباقين ، أنه استوفى حصصهم إلى جانب حصته . من أجل ذلك يجوز لكل من هؤلاء الأخيرين أن يرجع على الدائن الذى تلقى الوفاء بحصته من الدين . وفى ذلك تقضى المادة ٣٠٢/٢ بأنه : « ويرجع الدائنون على الدائن الذى استوفى الالتزام ، كل بقدر حصته » .

٢١١ — الفرق بين التضامن وعدم قابلية الالتزام للانقسام

تناولنا فيما سبق التضامن وعدم قابلية الالتزام للانقسام ، باعتبارهما نظامين يحولان دون انقسام الالتزام ويحفظان عليه وحدته ، برغم تعدد الدائنين أو المدينين . وحرى بنا الآن ، بعد أن انتهينا من دراسة هذين النظامين ، أن نستخلص الفوارق التى تباعد بينهما . وتتركز هذه الفوارق فيما يلى :

أولا : من ناحية المصدر : ينشأ التضامن نتيجة الاتفاق أو نص فى القانون يقرره . أما عدم قابلية للانقسام ، فتنشأ إما نتيجة الاتفاق عليها ، وإما نتيجة لكون طبيعة محل الالتزام لا تقبل التجزئة فى ذاتها . وهكذا فقد تنشأ عدم القابلية للانقسام من غير نص أو اتفاق يقضيان بها .

ثانياً : من حيث المبادىء التي تسود كلا من النظامين : يقوم التضامن على وحدة الدين وتعدد الروابط وقيام نيابة تبادلية فيما ينفع وليس فيما يضر . أما عدم القابلية للانقسام ، فإن قام بدوره على وحدة الدين وتعدد الروابط ، إلا انه لا ينطوى على نيابة تبادلية ، لا فيما ينفع ولا فيما يضر .

ثالثاً : من حيث قوة كل من النظامين : يختلف التضامن عن عدم القابلية للانقسام من حيث قوة كل منهما فى الاحتفاظ بوحدةالالتزام . فمن ناحية ، التضامن أكثر قوة فى هذا الصدد . فهو يؤدى إلى وحدة الالتزام ، بالنسبة إلى التنفيذ العيني ، وإلى التنفيذ بطريق التعويض على حد سواء . أما عدم القابلية للانقسام ، فالأصل فيه أنه لا يحتفظ بوحدة الالتزام إلا بالنسبة إلى التفيذ العيني ، دون التعويض الناشيء عن الاخلال به ، إذ أن هذا التعويض ينقسم على المدينين أو بين الدائنين على حسب الأحوال . ومن ناحية أخرى نجد عدم القابلية للانقسام أقوى فى الاحتفاظ بوحدة الالتزام من التضامن . فهذا النظام الأخير ، لا يحول دون انقسام الالتزام على الورثة . ويظهر هذا الأثر عندنا فى التضامن الايجابى ، حيث ينقسم الحق بين ورثة كل من الدائنين على أساس أنصبائهم فى تركته . أما فى التضامن السلبي ، فلا يظهر الأثر السابق تحت ظل قانوننا ، إذ أن الديون لا تورث عن المدين بعد موته ، بل تظل التركة محملة بها إلى أن تنقضى ، تطبيقاً لقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون . أما عدم القابليـــة للانقسام ، فهو يحفظ للالتزام وحدته ، حتى بالنسبة إلى الورثة .

هكذا يبين أن التضامن وعدم القابلية للانقسام ، وإن توافقا فى أمور كثيرة ، إلا أنهما يختلفان فى أمور أخرى . واتسام الالتزام بأحد الوصفين لا يعني اتسامه بالوصف الآخر . فالالتزام التضامنى لا يكون بهذا وحده التزاماً غير قابل للانقسام ، والعكس صحيح . ولكل من النظامين مزايا لا توجد فى الآخر ، وهذا ما يفسر اجتماعهما فى بعض الأحيان ، فيشترط اتصاف الالتزام بالتضامن وعدم القابلية للانقسام فى وقت واحد .

الباب الثالث

انتقال الالتزام

٢١٢ – الالتزام لا يبقى دواماً متصلا بطرفيه الأصليين . فقد ينتقل عنهما ، وانتقاله قد يتم بالنسبة إلى مظهريه الايجابى والسلبى على حد سواء . فهو ، باعتباره حقاً ، قد ينتقل من الدائن إلى شخص آخر يصبح دائناً به مكانه . وهو باعتباره ديناً ، قد ينتقل عن المدين الأصلى إلى شخص آخر يصبح مديناً به محله .

وانتقال الالتزام فى مظهريه الايجابى والسلبى قد يحصل بسبب الوفاة عن طريق الميراث ، كما إنه قد يحصل حال الحياة عن طريق الحوالة .

والانتقال بسبب الوفاة معروف من قديم . فقد أقره الرومان ، بالنسبة إلى مظهريه الايجابى والسلبى على السواء ، برغم أنهم كانوا شديدى التمسك بالنزعة الشخصية فى الالتزام . وقد ساعدهم على ذلك نظرهم إلى الوارث باعتباره امتداداً لشخصية المورث ، فكأن الالتزام لا ينتقل فى الحقيقة ، ولكنه يستمر قائماً فى مواجهة الوارث . وقد أقرت الشريعة الإسلامية بدورها انتقال الالتزام بسبب الوفاة ، بالنسبة إلى مظهره الإيجابى ، أى باعتباره حقاً ، رغم أنها لا ترى فى شخصية الوارث امتداداً لشخصية المورث . أما انتقال الالتزام ، بالنسبة إلى مظهره السلبى ، أى باعتباره ديناً ، فلا تقره الشريعة الغراء . فقد حال دونه المبدأ الأساسى الذى يسودها ، وهو لا تركة إلا بعد سداد الديون . فإذا مات المدين ، تحملت تركته بالدين إلى أن يسدد من أموالها ، فهو بذلك لا ينتقل إلى الورثة .

أما انتقال الالتزام أثناء الحياة عن طريق الحوالة ، فلم يقره القانون الرومانى ، لا بالنسبة إلى مظهره الإيجابى ولا بالنسبة إلى مظهره السلبى . فقد حالت دون ذلك الانتقال النزعة الشخصية التى كانت تسود الالتزام

في شريعة الرومان . فهؤلاء كانوا يردون الالتزام فى أساسه إلى رابطة شخصية تجمع بين الدائن والمدين . فكان طبيعيا ألا يسمحوا بتغيير الدائن أو المدين ، من غير أن ينقضى الالتزام . وظل القانون الرومانى إلى آخر عهده لا يجيز انتقال الالتزام حال الحياة ، لا بالنسبة إلى مظهره الإيجابى أى حوالة الحق ، ولا بالنسبة إلى مظهره السلبى أى حوالة الدين . بيد أن الرومان مهدوا الطريق لقيام نظام حوالة الحق ، بإجازتهم توكيل الدائن شخصاً غيره فى قبضه نيابة عنه .

ثم جاء القانون الفرنسي القديم ، وأقر حوالة الحق ، بغير حاجة إلى رضاء المدين . أما حوالة الدين ، فلم يعترف بها . وسارت مجموعة نابليون ومن بعدها قانوننا المصرى القديم على هذا النهج ، مقرين حوالة الحق دون حوالة الدين .

أما الشريعة الاسلامية ، فلا تقر حوالة الحق ، مع استثناء مذهب مالك الذى أجازها فى حدود معينة ، ورأى فيها بيعاً أو هبة للدين ، على حسب الأحوال[1] . أما حوالة الدين ، فقد أقرتها شريعتنا السمحة ، وإن كان ذلك فى صورة لا تتفق مع أحكام حوالة الدين فى القانون المعاصر . بل إنها أقرتها فى صورة تكاد تكون إلى التجديد أو إلى الكفالة ، على حسب الأحوال ، أقرب منها إلى حوالة الدين بالمعنى الدقيق الذى نعنيه اليوم[2] .

وعند وضع قانوننا الحالى ، كانت النزعة المادية فى الالتزام ، التى تنظر إليه باعتباره يمثل قيمة مالية قبل أن يكون رابطة شخصية ، أخذت تبرز وتسود ، لاسيما فى القانون الألمانى والقانون السويسرى . وتأثر مشرعنا بهذه النزعة . فقرر إمكان انتقال الالتزام حال الحياة ، بالنسبة إلى مظهريه الايجابى والسلبى على حد سواء ، وهكذا أجاز قانوننا حوالة الحق وحوالة الدين .

وتتناول أحكام هذين النوعين من الحوالة ، كل فى فصل مستقل .

---

(١) فالشريعة الاسلامية لا تعرف اصطلاح « حوالة الحق » أصلا حتى فى مذهب مالك ، الذى يرى إمكان انتقال الالتزام من الدائن إلى غيره عن طريق نوع من البيع أو الهبة ، هو بيع الدين أو هبته . وإذا أطلق لفظ « الحوالة » فى الشريعة الغراء عنيت به حوالة الدين .

(٢) راجع فى هذا المعنى . السنهورى ، الوسيط ج ٣ نبذة ٢٤٠ .

الفصل الأول

حوالة الحق

٢١٣ — نعالج حوالة الحق في مباحث ثلاثة : فنتناول في المبحث الأول التعريف بها ، وفي الثاني قيامها ، وفي الثالث آثارها .

المبحث الأول

التعريف بحوالة الحق

٢١٤ — حوالة الحق cession de créance اتفاق بمقتضاه ينتقل الحق الشخصي من صاحبه ، أي الدائن به ، إلى شخص أجنبي . وفي نظام حوالة الحق ، يوجد ثلاثة أشخاص : الدائن الأصلي الذي يحول الحق ويسمى المحيل cédant ، والشخص الذي يحول الحق له ويسمى المحال له cessionnaire والمدين بالحق الذي يحول الحق عليه ويسمى المحال عليه cédé . وعقد الحوالة يتم بين الدائن الأصلي أي المحيل ، والمحال له ، أما المدين المحال عليه ، فلا يعتبر طرفاً في عقد الحوالة ، وإن لزم أن تنفذ في مواجهته حتى تنتج كل فائدتها .

والأثر الرئيسي للحوالة هو انتقال الحق الشخصي من صاحبه الأصلي ، أي من الدائن المحيل ، إلى الدائن الجديد وهو المحال له . فصفة الدائن تزول عن الأول لتلحق الثاني . أما المدين ، وهو المحال عليه ، فلا يتغير مركزه ، إلا من ناحية أنه أصبح يرى أمامه دائناً جديداً حل محل دائنه القديم .

وحوالة الحق لا ترد إلا بالنسبة إلى الحق الشخصي . فهي لا ترد على الحق العيني . إذ أن هذا الحق الأخير ينتقل وفقاً لأنظمة أخرى . ويترتب على ذلك أن أحكام الحوالة لا تطبق ، إلا بالنسبة إلى انتقال الحق الشخصي .

٢١٥ — أهمية حوالة الحق وفائدتها

لحوالة الحق أهمية بالغة فى العمل . وأبرز دليل على ذلك شيوع التجاء الناس إليها فى معاملتهم . وهى تؤدى أغراضاً عديدة . وهى حينما تؤدى غرضاً معيناً تتكيف بما يلائم تحقيقه .

فقد يقصد بحوالة الحق بيعه ، فى مقابل ثمن يلتزم المحال له بدفعه للمحيل . وهنا نكون بصدد بيع للحق الشخصى[1] من صاحبه الأصلى ، وهو المحيل ، إلى مشتريه ، وهو المحال له . وتطبق هنا أحكام البيع ، فى الحدود التى لا تتنافى فيها مع القواعد الخاصة التى تنظم الحوالة . وقد يجد الدائن لنفسه نفعاً كبيراً فى بيع حقه الشخصى عن طريق حوالته . ويتوافر له هذا النفع ، على وجه الخصوص ، إذا كان حقه مقترناً بأجل لما يحل ، فى حين أنه فى حاجة إلى قيمته فوراً ، فيلجأ إلى بيعه فى مقابل ثمن يدفعه له المحال له . وكذلك الشأن فى الحالة التى يرى فيها المحيل أن ثمة صعوبات تكتنف اقتضاءه حقه ، كما إذا تعذرت عليه مطالبة المدين ، أو تعذر عليه التنفيذ على أمواله ؛ فى مثل هذه الحالة ، قد يرى الدائن أن من الفائدة أن يبيع حقه إلى شخص آخر ، قانعاً بالثمن الذى يستوفيه منه . والحوالة ، إذا أفادت المحيل ، فكثيراً ما تؤدى أيضاً إلى نفع المحال له ؛ إذ أن هذا الأخير ، فى الغالب من الأمر ، يشترى الحق فى مقابل ثمن يقل عن قيمته ، طمعاً فى الكسب . وهكذا تنطوى حوالة الحق هنا على المضاربة من جانب المحال له ، إذ أنه يقبل التحمل بمخاطر اقتضاء الدين ، نظير الكسب الذى يحتمل أن يحققه .

وقد يقصد بحوالة الحق هبته من المحيل إلى المحال له . ومثال ذلك أن يهب الأب الحق الذى له على مدين معين إلى ابنه . وهنا تعتبر الحوالة هبة ، وتطبق

(١) فالبيع لا يرد على الأشياء وحدها . بل إننا ، إذا أردنا أن نتمشى مع منطق القانون الدقيق ، وجدنا أن البيع لا يرد على الأشياء أصلا ؛ إذ أنه يرد على الحقوق المالية ، وسواء فى هذا أن يكون الحق المالى المبيع هو حق عينى أو حق شخصى أو حق ذهنى . أنظر مؤلفنا : محاضرات فى العقود ج ٢ عقد البيع نبذة ٤٨ .

عليها قواعد الهبة فى الحدود التى لا تتنافى فيها مع القواعد الخاصة بالحوالة . ومن قواعد الهبة التى تطبق هنا وجوب أن ترد الحوالة فى الشكل الرسمى ، وإلا وقعت باطلة . وكذلك يلزم ، لقيام الحوالة إذا تضمنت هبة ، توافر أهلية التبرع فى المحيل ، والاكتفاء فى المحال له بأهلية الاغتناء .

وقد تتخذ الحوالة طريقاً لوفاء دين على المحيل للمحال له ومثال ذلك أن يكون لـ (ا) دين على (ب) ، وفى نفس الوقت يكون (ا) مديناً لـ (ح) فى التزام آخر ، فبدلا من أن يفى (ا) لدائنه (ج) بنفس الشىء الذى تعهد له به ، يفى له به عن طريق حوالة الحق الذى له أى لـ (ا) على (ب) . وفى مثل هذه الحالة، تتضمن الحوالة وفاء بمقابل ، وتطبق عليها أحكامه فى الحدود التى لا تتنافى فيها مع قواعدها الخاصة .

هكذا تتعدد الأغراض التى تستهدفها حوالة الحق . وهى تتكيف بحسب الغرض الذى تستهدفه . فهى تارة تتضمن بيعاً للحق ، وطوراً تتضمن هبة له ، وأحياناً أخرى تتضمن وفاء بمقابل . بل إن حوالة الحق قد تنطوى على تصرفات أخرى غير ما سبق[1] .

وغنى عن البيان أن تعيين القواعد القانونية التى تنظم حوالة الحق يناط إلى حد كبير بطبيعة العقد الذى تتضمنه ، بيعاً ، كان أم هبة أم وفاء بمقابل أم غير ذلك من التصرفات . فإذا كانت الحوالة بيعاً ، مثلا ، حكمتها فى أساسها قواعد البيع . بيد أن هناك قواعد عامة تخضع لها الحوالة ، أياً كانت طبيعة العقد الذى تنطوى عليه ، وعلى الأخص بالنسبة إلى الحقوق التى تجوز حوالتها

(١) فقد تنطوى الحوالة على مقايضة حق بآخر ، كما إذا حول شخص حقه على مدينه لآخر فى مقابل أن يحول له هذا الآخر حقه على مدينه هو . وقد يبتغى بحوالة الحق القرض ؛ ويحصل ذلك إذا اتفق المحيل مع المحال له على أن يقبض الأخير قيمة الدين ، ثم تكون هذه القيمة قرضاً يلتزم بدفعه فى أجل محدد . ولا يوجد ثمة ما يمنع من أن يوصى الدائن بحقه لآخر ، وهنا تنطوى الحوالة على وصية. وقد يقصد بالحوالة مجرد توكيل المحيل للمحال له فى قبض الدين ثم قيام هذا الأخير بدفعه للأول (أنظر المادة ١٣٥ من التقنين التجارى) .

وإلى نفاذها فى حق المدين والغير . وكان من شأن هذه القواعد العامة أن سمت بحوالة الحق ، بالنسبة إلى مكانها من تقنيننا الحالى ، عن مكان العقود الخاصة ، لتجعل لها مكانها فى الفصل المخصص للنظرية العامة للالتزام ذاتها(1).

٢١٦ — التمييز بين حوالة الحق والأنظمة التى تشابهها

يترتب على حوالة الحق انتقاله من الدائن الأصلى ، وهو المحيل ، إلى دائن جديد يحل محله فى هذه الصفة ، وهو المحال له . وحوالة الحق بهذه المثابة تتشابه مع نظامين آخرين يترتب عليهما بدورهما تغير الدائن ؛ وهذان النظامان هما التجديد والوفاء مع الحلول . بيد أن الشبه بين هــذه الأنظمة الثلاثة ليس كاملا . فهى مختلفة فى الأساس الذى يقوم عليه كل منها والنتائج المترتبة عليه . ونتناول هنا التفرقة بين حوالة الحق والتجديد ، ثم التفرقة بينها وبين الوفاء مع الحلول .

٢١٧ — التمييز بين حوالة الحق والتجديد : يتخذ تجديد الالتزام إحدى صور ثلاث : فهو إما أن يحصل بتغيير الدين ، أو بتغيير المدين ، أو بتغيير الدائن (المادة ٣٠٢) . وهو فى صورته الأخيرة يتشابه مع حوالة الحق . ويتركز هذا الشبه فى أننا نجد ، فى كل من النظامين ، دائناً جديداً حل محل الدائن القديم . ولكن الفارق بين النظامين كبير . فهما يختلفان فى ذات الأساس الذى يقوم كل منهما عليه . فالتجديد ، فى صوره الثلاث ، يقوم على انقضاء الالتزام الأصلى وحلول التزام جديد مكانه (المادة ١/٣٥٦) . أما الحوالة ، فتقوم على انتقال الحق ذاته من المحيل إلى المحال له . ويترتب على هذا الاختلاف فى الأساس الذى يقوم عليه كل من النظامين اختلاف فى الآثار المترتبة عليهما . ففى الحوالة ينتقل الحق ذاته بنفس صفاته وتوابعه وملحقاته وتأميناته من الدائن القديم إلى الدائن الجديد . أما فى التجديد ،

(1) أما قانوننا المصرى القديم ، فقد تضمن أحكام حوالة الحق فى أحد الفصول المخصصة لعقد البيع (المواد من ٣٤٨ ــ ٣٥٥ وطنى) ، مقتفياً فى ذلك أثر التقنين الفرنسى (المواد ١٦٨٩ ــ ١٦٩٥) .

فالالتزام الأصلى ينقضى بصفاته وتوابعه وملحقاته وتأميناته ويحل محله التزام جديد قد يختلف عنه فى كل هذه الأمور .

٢١٨ — التمييز بين حوالة الحق والوفاء مع الحلول : الوفاء مع الحلول نظام مؤداه أن يقع الوفاء بالالتزام من غير المدين ، فيحل الموفى محل الدائن فى ذات الحق الذى كان له ، وبنفس صفاته وتوابعه وملحقاته وتأميناته. وحلول الموفى محل الدائن قد يقع بقوة القانون فى حالات محددة ، وقد يجىء نتيجة الاتفاق فى حالات أخرى .

ويبرز الشبه قوياً بين الوفاء مع الحلول وبين حوالة الحق . ففى كل من النظامين، يحل دائن جديد محل الدائن القديم فى ذات الحق الذى كان للأخير . ولكن الشبه مع ذلك ليس تاماً بين النظامين . فهما يختلفان فى الأساس الذى يقوم عليه كل منهما . ففى حوالة الحق ، يتصرف الدائن القديم فى حقه للدائن الجديد ، كأن يبيعه أو يهبه له ، الأمر الذى يترتب عليه بالضرورة رضاء الدائن القديم . أما فى الوفاء مع الحلول ، فالدائن القديم يستوفى حقه من شخص غير المدين ؛ فإذا حل الموفى محله فى حقه ، فإن ذلك يحصل نتيجة لمجرد الوفاء . ولما كان الوفاء قد يحصل برغم إرادة الدائن ، فإن الحلول محله فى حقه قد يقع برغم إرادته . وهكذا يبرز الفارق الأول بين النظامين ، ومؤداه أن الحوالة تتطلب بالضرورة رضاء الدائن القديم ، فى حين أن الوفاء مع الحلول قد يقع فى بعض الأحوال برغم إرادته . وثمة فارق أساسى آخر بين النظامين . ففى الحوالة ، ينتقل إلى الدائن الجديد حق الدائن القديم، على أساس أنه متصرف له فيه ؛ الأمر الذى يخوله الرجوع بكل قيمة هذا الحق على المدين ، حتى لو كان المقابل الذى دفعه يقل عن تلك القيمة ، بل حتى لو كان لم يدفع أى مقابل ، كما لو كان موهوباً له بالحق . أما فى الوفاء مع الحلول ، فإن اكتساب الموفى صفة الدائن محل الدائن القديم فلا يكون إلا نتيجة لهذا الوفاء ، الأمر الذى يؤدى إلى قصر حق الموفى فى رجوعه

على المدين على ما دفعه عنه بالفعل وفاء للدين . فإذا كان الموفى قد دفع للدائن الأصلي أقل من قيمة الدين . فلا يحل محل هذا الأخير فى حقه إلا فى حدود ما دفعه ، حتى لو كان قد توصل بهذا الوفاء الجزئى إلى إعفاء المدين من الباقى .

المبحث الثانى

قيام حوالة الحق

٢١٩ — رأينا أن حوالة الحق عقد يتم بين الدائن الأصلي ، ويسمى المحيل ، وبين شخص أجنبى عن الالتزام ، ويسمى المحال له ؛ وبمقتضى هذا العقد ، ينتقل الحق من الأول إلى الثانى .

ولكى تقوم حوالة الحق بين طرفيها ، يكفى أن تنعقد صحيحة . ولكن مجرد قيامها بين طرفيها لا يجعلها تأتى بكل فائدتها . إذ يلزم لذلك أن يكون من الممكن قانوناً الاعتداد بها فى مواجهة المدين المحال عليه وفى مواجهة الغير الذين تتعلق مصالحهم بالحق المحال به . من أجل ذلك نتناول هنا انعقاد الحوالة ، ثم نفاذها فى حق المدين وفى حق الغير .

٢٢٠ — انعقاد الحوالة

حوالة الحق عقد ، كما بينا . وإن اختلفت طبيعته باختلاف الغرض منها ومن ثم يلزم ، لانعقاد الحوالة ، توافر أركان العقد عموما وهى : الرضاء والمحل والسبب . ونتناول كلا من هذه الأركان الثلاثة على التوالى :

٢٢١ — أولا : الرضاء بالحوالة

يلزم ، لانعقاد الحوالة ، التراضى عليها بين طرفيها . وطرفاها هما الدائن الأصلي أى المحيل ، والشخص الأجنبى الذى ينتقل الحق إليه ، وهو المحال له ، أما المدين فليس طرفاً فى الحوالة . ومن ثم فلا حاجة لرضائه : بل إن الحوالة قد تنعقد صحيحة برغم معارضته . وفى ذلك تقضى المادة ٣٠٣ بأنه :

« يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر ... وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين » .

هكذا يبين أن الرضاء بالحوالة يتم بمجرد التوافق عليها بين المحيل والمحال له ، دون حاجة إلى رضاء المدين[1].

والسبب الذى من أجله استغنى المشرع عن رضاء المدين بالحوالة هو أنه قدر وبحق أن المدين يستوى لديه ، بحسب الأصل ، ان يوفى بالدين للمحيل أو للمحال له . وفى الأقل ، قدر المشرع أنه إذا كانت ثمة مصلحة للمدين فى استمراره مرتبطاً بدائنه الأصلى ، فإن مصلحته هذه لا تصل من الأهمية إلى الحد الذى يجعله يضحى بمصلحة الدائن فى التصرف فى حقه ، وبالصالح العام الذى يقتضى سهولة تداول الأموال ، أيا كان نوعها .

ويجب ، تطبيقاً للقواعد العامة ، أن يصدر الرضاء بالحوالة من شخص يتمتع بأهلية إجرائها . مع ملاحظة أن هـذه الأهلية ليست واحدة فى كل الأحوال . إذا أنها تختلف باختلاف طبيعة العقد الذى تنطوى الحوالة عليه ، بيعاً كان أم هبة أم وفاء بمقابل أم غير ذلك من التصرفات . ويلزم كذلك لصحة الحوالة أن يكون الرضاء بها خالياً من العيوب ، وهى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

والحوالة ، باعتبارها عقداً رضائياً ، لا يلزم لانعقادها أى شكل خاص .

---

(١) وفى هذا يختلف قانوننا الحالى عن قانوننا المصرى الوطنى القديم . فقد كان هذا الأخير يستلزم ، لذات قيام الحوالة موافقة المدين عليها . بل إنه أمعن فى استلزام تلك الموافقة ، فاشترط لإثباتها ورودها فى محرر مكتوب ، بحيث إنه إذا لم توجد كتابة تثبتها ، فلا يقبل دليلا عليها إلا اليمين (المادة ٣٤٩) . وقد تمشى قانوننا الوطنى القديم ، فى استلزام موافقة المدين لصحة الحوالة مع النزعة الشخصية فى الالتزام . والعجيب فى الأمر أنه تمادى فى التمشى مع تلك النزعة ، حتى جاء فى مجالنا أبعد من القانون الفرنسى والقانون المصرى المختلط اللذين نقل عنهما الغالب من أحكامه . فهذان التقنينان لا يستلزمان رضاء المدين بالحوالة لصحتها .

فسواء أن تبرم بالكتابة أم شفاها ، أم باتخاذ أى طريق آخر يدل على توافق الرضا بها ، ولا تثور هنا إلا مسألة إثبات الحوالة . وهى مسألة تخضع فى حكمها للقواعد العامة فى الإثبات . على أنه يستثنى من الحكم السابق الحالة التى تكون الحوالة فيها منطوية على هبة ، إذ أنه فى هذه الحالة ، تستلزم الرسمية لانعقاد الحوالة ، كما سبق أن بينا .

٢٢٢ — ثانياً : محل الحوالة

محل الحوالة هو الحق الشخصى الذى كان ثابتاً للمحيل والذى ينتقل بمقتضى الحوالة للمحال له ، أو هو الحق المحال به . والحوالة لا ترد ، كما بينا على الحقوق العينية . فهى مقصورة على الحقوق الشخصية .

والأصل أن جميع الحقوق الشخصية تصلح لأن تكون محلا للحوالة . فلا أهمية لمصدر هذه الحقوق ولا لموضوعها ولا لصفاتها ولا للأوصاف التى ترد عليها .

فسواء أن يكون مصدر الحق الشخصى المحال به هو العقد أو العمل غير المشروع أو الفعل النافع أو نص فى القانون .

وسواء أن يكون موضوع الحق المحال به هو نقل أو إنشاء حق عينى ، أو قيام المدين بأى عمل آخر ، أو امتناعه عن عمل معين . فيسوغ ، مثلا ، للمشترى بعقد غير مسجل — وهو دائن للبائع بحق شخصى موضوعه أن يقوم هذا الأخير بكل ما يلزم لنقل الملكية إليه — أن يحول حقه هذا إلى شخص آخر . ويجوز لمن يتعهد له مقاول ببناء دار أن يحول حقه الشخصى فى إلزام المقاول ببنائها إلى شخص آخر ؛ ويحصل ذلك ، مثلا ، إذا باع الدائن الأرض التى تشيد الدار عليها إلى هذا الشخص الآخر . ومن يؤمن على داره ضد الحريق ، يستطيع أن يحول حقه الشخصى قبل شركة التأمين لمن يبيع له هذه الدار . ومن يشترى متجراً مع تعهد البائع بالامتناع عما يترتب عليه منافسته فى تجارته ، يحول حقه قبل هذا البائع فى الامتناع عن المنافسة لمن

يبيع له بدوره المتجر. المهم فى كل ما سبق هو أن الأصل أن الحوالة تجوز بالنسبة إلى كل الحقوق الشخصية ، دون مراعاة لموضوع هذه الحقوق ، وإن كان الغالب فى العمل أن ترد الحوالة على الحق الشخصى الذى يكون موضوعه هو دفع مبلغ من النقود .

ولا أهمية فى قيام الحوالة للصفة التى يتمتع بها الحق المحال به ، فيستوى أن يكون ديناً مدنياً أو تجارياً ، أو أن يكون ديناً ثابتاً فى محـــرر عرفى أو رسمى أو بمقتضى حكم صدر به على المدين أو أن يكون غير ثابت فى محرر أصلا . ويجوز حوالة الحق المنازع فيه من المدين ، كما يجوز حوالة الحق غير المنازع فيه ، وإن خضعت الحوالة الأولى لبعض الأحكام الخاصة ، وفقاً لما سنبينه بعد قليل .

ولا أهمية فى النهاية ، للأوصاف التى ترد على الحق المحال به . فالحوالة قد ترد على الحق البات المنجز ، كما إنها قد ترد على الحق المعلق على شرط أو المقترن بأجل . وهى قد ترد على الحق الذى ينقسم عند تعدد طرفيه الإيجابى أو السلبى ، كما إنها قد ترد على الحق الذى يحتفظ بوحدته لا تصافه بالتضامن أو عدم القابلية للانقسام .

٢٢٣ — وإذا كانت القاعدة العامة هى جواز حوالة الحقوق الشخصية جميعاً ، بغض النظر عن مصدرها أو موضوعها أو صفاتها أو أوصافها ، إلا أنه ترد على هذه القاعدة بعض الاستثناءات ، وترجع هذه الاستثناءات إلى نص فى القانون ، أو إلى اتفاق الدائن والمدين ، أو إلى طبيعة الحق ذاتها . وفى هذا تقضى المادة ٣٠٣ بأنه : « يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر ، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام ... » .

وهكذا ترد على قاعدة إمكان حوالة جميع الحقوق الشخصية الاستثناءات الثلاثة الآتية :

١ — إذا وجد نص فى القانون يمنع حوالة حق معين ، ما ساغت

بالضرورة حوالته . وتحريم الحوالة بنص فى القانون معناه أن تلك الحوالة تتنافى مع النظام العام . فإن وقعت ، كانت باطلة بطلاناً مطلقاً ، ومثال الحقوق التى ينص القانون على حظر حوالتها . ذلك الذى لا يقبل الحجز عليه . فحيث يكون الحق غير قابل للحجز عليه ، تمتنع حوالته . وإذا كان الحق غير قابل للحجز عليه فى شق منه ، امتنعت حوالته فى حدود هذا الشق فحسب . وفى ذلك تقضى المادة ٣٠٤ بأنه : « لا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلا للحجز » ومن أمثلة الحقوق التى يحرم القانون حوالتها كذلك ما تقضى به المادة ١/٢٢٢ من أنه لايجوز انتقال الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى ، إلا إذا تحدد هذا التعويض بمقتضى اتفاق أو طالب به الدائن أمام القضاء .

٢ — إذا اتفق الدائن والمدين على عدم حوالة الحق الذى يثبت للأول قبل الثانى ، صح اتفاقهما ، وتعين العمل به . فإن حول الدائن الحق بمخالفة الاتفاق ، ساغ للمدين أن يتمسك فى مواجهة المحال له بعدم سريان الحوالة فى حقه

٣ — وقد تمتنع حوالة الحق ، من غير أن يكون هناك نص أو اتفاق يحرمها . ويحصل ذلك إذا كانت طبيعة الحق ذاتها تتنافى مع حوالته ، وتحول دون استبدال دائن جديد بالدائن القديم . وهذا هو الشأن فى كل حالة تكون شخصية الدائن فيها محل اعتبار خاص لدى المدين . ومثال ذلك أن يلتزم شخص بأن يقوم بخدمة آخر ؛ فالخادم تهمه شخصية السيد الذى التزم بخدمته ؛ ومن ثم لا يجوز لهذا الأخير أن يحول إلى غيره حقه فى أن يقوم الخادم بخدمته ، من غير رضاء الخادم .

٢٢٤ — ثالثا : سبب الحوالة

والركن الثالث والأخير لانعقاد الحوالة هو السبب . والسبب فى الحوالة

يختلف باختلاف الأحوال . فقد يحول الدائن حقه مدفوعاً برغبته فى الحصول على مقابل الحوالة ، أو مدفوعاً بنية التبرع ، أو غير ذلك من الأسباب . وفى جميع الأحوال يجب ، تطبيقاً للقواعد العـــامة ، أن تقوم الحوالة على سبب مشروع .

٢٢٥ — نفاذ الحوالة فى مواجهة المدين وفى مواجهة الغير

بينا فيما سبق أن حوالة الحق تنعقد بمجرد التراضى عليها بين طرفيها وهما المحيل والمحال له ، ما دامت تقوم على حق مما يجوز بشأنه ، وما دامت تستند إلى سبب مشروع . على أن مجرد انعقاد الحوالة لا يجعلها تأتى بكل فائدتها للمحال له . صحيح أنه يترتب على انعقاد الحوالة إنتاج آثارها بين طرفيها . ولـكن هذا لا يكفى ، بل إنه لا يمنح المحيل من الفائدة إلا قليلا . فيلزم لـكى تـكون الفائدة كاملة ، أن تسرى الحوالة ، بعد انعقادها بين طرفيها ، فى حق المدين وفى حق الغير الذين تتعلق حقوقهم بالحق المحال به . لأنه إذا كانت الحوالة غير نافذة فى مواجهة المدين ، كان لهذا أن يتجاهلها ويمتنع عن الوفاء للمحال له . وإذا كانت الحوالة غير نافذة فى حق الغير ، كان لهم أن يباشروا حقوقهم التى اكتسبوها على الحق المحال به دون اعتداد بالحوالة .

نخلص مما سبق أنه يلزم ، لـكى تأتى الحوالة ثمرتها كاملة ، أن تـكون نافذة فى حق المدين وفى حق الغير ، حتى لا يستطيعون تجاهلها . وقد تضمنت المادة ٣٠٥ الإجراءات اللازمة لنفاذ الحوالة فى حق هؤلاء ، وهى فى ذلك تقضى بأنه : « لا تـكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها ، على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ » .

٢٢٦ — ومن النص السابق يبين أن الحوالة تنفذ فى حق المدين باتخاذ أحد الإجراءين الآتيين :

١ — قبول المدين الحوالة : الغاية من الإجراءات التي يتطلبها القانون لنفاذ الحوالة في مواجهة المدين هي إخطاره بحصولها ، حتى نستطيع بعد ذلك أن نلزمه باحترامها . ولا شك أن قبول المدين الحوالة بعد صدورها يفيد علمه بها . ومن ثم كان طبيعياً أن يجعل الشرع من هذا القبول شرطاً لنفاذها في حقه[1].

ويسوغ أن يحصل قبول المدين للحوالة عند انعقادها ، أو في أي تاريخ لاحق . ولكن القبول السابق على انعقاد الحوالة لا يكفي . فالغاية من اشتراط قبول المدين الحوالة ، لنفاذها في حقه ، هي التأكد من علمه بحصولها بعد أن تقع بالفعل ، وليس مجرد عدم اعتراضه عليها فحسب . وهكذا فيلزم في قبول المدين الحوالة باعتباره شرطاً لنفاذها ، أن يكون معاصراً أو تالياً لانعقاد الحوالة ، ولا يعتد به إذا كان سابقاً عليه .

والأصل أن قبول المدين الحوالة لا يعني أكثر من أنه يقر بعلمه بحصولها وبأنها نافذة في حقه . فالأصل أنه لا يفيد بذاته وبمجرده نزول المدين عن الدفوع التي كان يستطيع أن يتمسك بها في مواجهة المحيل ، بل تبقى هذه الدفوع ثابتة له ، الأمر الذي يسوغ له التمسك بها في مواجهة المحال له . إذ أن النزول عن الحق لا يفترض . فإذا كان العقد الذي أنشأ الدين المحال به ، مثلا ، قابلا للإبطال بسبب نقص أهلية المدين عند نشوئه ، ثم قبل المدين الحوالة ، فإن قبوله هذا لا يفيد بذاته نزوله عن التمسك بالإبطال في مواجهة المحال له .

وإذا كانت القاعدة هي أن قبول المدين للحوالة لا يعني بذاته وبمجرده نزوله عن الدفوع التي كان يجوز له التمسك بها في مواجهة المحيل ، إلا أن هذه القاعدة لا تسري على إطلاقها ، فيرد عليها استثناء فيما يتعلق بالمقاصة بين الدين المحال

---

(١) وقبول المدين الحوالة يجعلها نافذة في مواجهته ، بغض النظر عما إذا كان المحيل أو المحال له يعلم أو لا يعلم بحصوله . إذ أن هذا القبول ينتج أثره بمجرد وقوعه ، فلا يقصد به أن يوجه إلى أحد .

به والدين الذى يكون ثابتاً للمدين فى مواجهة المحيل عند قبول الأول للحوالة . ففى هذه الحالة ، إذا قبل المدين الحوالة بدون تحفظ ، فلا يكون له أن يتمسك بالمقاصة التى كان يسوغ له أن يتمسك بها فى مواجهة المحيل قبل قبوله الحوالة. وفى هذا تقضى المادة ٣٦٨/١ بأنه : « إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل » . وهكذا يفسر القانون قبول المدين الحوالة بدون تحفظ منه على أنه يتضمن نزوله عن التمسك بالمقاصة التى كان يسوغ له أن يتمسك بها فى مواجهة المحيل ، الأمر الذى يحرمه من التمسك بها ، بعد قبوله الحوالة . فى مواجهة المحال له .

وإذا كان الأصل أن قبول المدين الحوالة لا يعنى بذاته وبمجرده نزوله عن التمسك بالدفوع التى كان يسوغ له أن يتمسك بها حينئذ ، فإنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن ينزل عن أى دفع ، بشرط ألا يكون متعلقاً بالنظام العام . على أنه يلزم هنا أن يكون الشرط الذى يدل على النزول قاطعاً فى دلالته عليه . فإن وجد شك فى ذلك ، لزم تفسيره لمصلحة المدين . إذ أن النزول عن الحق لا يفترض ، كما أسلفنا القول .

ولا يلزم فى قبول المدين الحوالة ، باعتبارها شرطا لنفاذها فى حقه ، أى شكل خاص . فقد تقع شفاها أو فى محرر عرفى أو رسمى . بل لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يقع هذا القبول ضمنياً ، كما إذا دفع المدين جزءاً من الدين أو فوائده للمحال له بعد الحوالة . ولا تثور هنا إلا مسألة إثبات صدور قبول المدين للحوالة ، وهى مسألة تخضع للقواعد العامة فى الاثبات . ولا يلزم ، فى النهاية ، أن يكون قبول المدين للحوالة باعتباره شرطاً لنفاذها فى حقه ، ثابت التاريخ ، وإن لزم ، كما سيجيء بعد قليل ، ان يتسم بهذا الوصف ، لكى يجعل الحوالة نافذة بمقتضاه فى حق الغير .

٢ — إعلان المدين بالحوالة : رأينا أن الحوالة تنفذ فى حق المدين بقبوله



إياها . وهى تنفذ فى حقه أيضاً بإعلانه بها . والمقصود بالإعلان هنا هو ذاك الذى يتم بورقة رسمية على يد محضر . مع ملاحظة أنه تقوم مقام الإعلان أية ورقة رسمية أخرى توجه للمدين وتتضمن إخطاره بوقوع الحوالة ، ولا سيما ورقة التكليف بالحضور التى توجه إليه من المحال له والتى تفتتح بها الدعوى التى يرفعها هذا الأخير ويطلب فيها الحكم على المدين بدفع الدين له باعتباره محالا له به . ولا يلزم فى الإعلان أكثر من أن يتضمن ما يفيد وقوع الحوالة وشروطها الأساسية التى تهم المدين معرفتها . ونكرر أن إعلان المدين بالحوالة يجب أن يكون رسميا ، فلا يكفى إعلانه بها شفاها أو بخطاب ولو كان مسجلا وبعلم وصول .

وإعلان المدين بالحوالة قد يقع من المحيل أو المحال له . على أن الغالب فى العمل أن يقع من الأخير ، لأنه صاحب المصلحة الأول فى نفاذ الحوالة فى حق المدين وفى حق الغير .

يتحصل من كل ما سبق أن الحوالة تنفذ فى مواجهة المدين باتخاذ أحد إجراءين : (١) قبول المدين للحوالة بعد إبرامها . (٢) إعلان المدين بالحوالة . فإذا لم يتخذ أحد من هذين الاجراءين ، كانت الحوالة غير نافذة فى حق المدين . ويترتب على ذلك أنه إذا قام هذا الأخير بالوفاء بالدين للمحيل ، برغم حصول الحوالة ، كان وفاؤه هذا ، بحسب الأصل ، صحيحا مبرئا لذمته ، حتى فى مواجهة المحال له .

على أن عدم نفاذ الحوالة فى حق المدين ، لا يمنع المحال له من اتخاذ الإجراءات التحفظية التى من شأنها أن تمنع الحق من الضياع ، كما إذا لجأ إلى قطع التقادم أو طلب الحجر على المدين لجنون أو عته أو سفه اعتراه . وفى ذلك تقضى المادة ٣٠٦ بأنه « يجوز قبل إعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الاجراءات ما يحافظ به على الحق الذى انتقل إليه » .

٢٢٧ — تكلمنا فيما سبق فى نفاذ الحوالة فى مواجهة المدين ، وخلصنا

أن هذا الأمر يتحقق بقبول المدين الحوالة أو بإعلانه بها إعلاناً رسمياً واتخاذ أى من هذين الإجراءين يكفى أيضاً لجعل الحوالة نافذة فى مواجهة الغير ، مع فارق واحد ، وهو أن يكون قبول المدين للحوالة ثابت التاريخ (المادة ٣٠٥) .

فثبوت التاريخ ، وإن كان غير لازم لنفاذ الحوالة فى حق المدين ، إلا أنه ضرورى لنفاذها فى مواجهة الغير . والعلة فى ذلك هى منع التواطؤ الذى قد يشترك فيه المدين ، إضراراً بحقوق الغير ، بتقديم تاريخ نفاذ الحوالة فى حقهم . وإعلان الحوالة يتضمن بالضرورة تاريخاً ثابتاً ، لأنه يقع بورقة رسمية ، كما بينا . أما الطريق الآخر ، وهو قبول المدين للحوالة ، فقد يحصل عرفياً ، ولذلك اقتصر القانون على التصريح بوجوب ثبوت تاريخه ، لكى يصلح سبيلا لنفاذ الحوالة فى حق الغير .

واستلزام ثبوت تاريخ قبول المدين للحوالة ، لجعلها نافذة فى حق الغير ، يؤدى إلى أن هذه الحوالة قد تقع نافذة فى حق المدين ، فى حين أنها ليست كذلك فى مواجهة الغير . وهذه هى الحالة التى يقبل فيها المدين الحوالة قبولا غير ثابت التاريخ ، من غير أن يعلن بها . أما إعلان المدين بالحوالة ، فيجعلها بذاته وبمجرده نافذة فى حقه وفى حق الغير على حد سواء .

والغاية التى يستهدفها المشرع من استلزام قبول المدين للحوالة أو إعلانه بها حتى تسرى فى مواجهة الغير ، هى إتاحة الفرصة لهؤلاء فى أن يستعلموا عنها من المدين قبل أن يتعاملوا بشأن الحق المحال به . وهكذا فالإجراءان السابقان يوفران نوعا من العلانية والإشهار للحوالة . صحيح أنها علانية عرجاء ناقصة ، إذا ما قورنت ، مثلا ، بتلك التى يحققها التسجيل أو القيد فى مكتب الشهر العقارى بالنسبة إلى الحقوق العينية العقارية . ولكنها العلانية الوحيدة التى تسمح بها الظروف فى وقتنا الحاضر .

والمقصود بالغير ، فى المجال الذى نحن بصدده ، هو كل شخص تكون له

مصلحة فى بقاء الحق للمحيل وعدم انتقاله للمحال له ، مع استثناء الدائن العادى للمحيل ، اعتباراً بأنه ليس للدائن العادى ، كأصل عام ، من الحقوق أكثر مما هو ثابت لمدينه . وهكذا يعتبر غيراً ، فى مجالنا ، المحال له الثانى بالحق الذى سبق حوالته لمحال له أول . ويترتب على ذلك أنه : « إذا تعددت الحوالة بحق واحد . فضلت الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير (المادة ٣١٣) » . ويعتبر من الغير أيضاً مرتهن الحق المحال به ، والدائن الذى يحجز على هذا الحق . بل إنه يعتبر من الغير أيضاً الدائنون العاديون للمحيل ، فى حالة شهر إفلاسه أو إعساره ، إذ أنه يسوغ لهؤلاء اعتبار الحوالة غير سارية فى حقهم ، إذا لم تكن قد اكتسبت صفة النفاذ فى حق الغير فى تاريخ سابق لشهر الافلاس أو الاعسار .

٢٨٨ — هل يغنى العلم بالحوالة عن قبول المدين إياها أو إعلانه بها :

رأينا فيما سبق أن القانون يشترط ، لنفاذ الحوالة فى حق المدين ، أن يقبلها أو يعلن بها إعلاناً رسمياً . ولا جدال فى أنه إذا وقع أحد هذين الإجراءين ، وجب على المدين احترام الحوالة والتقيد بها . ويترتب على ذلك أنه إذا وفى المدين الالتزام للمحيل ، بعد قبوله للحوالة أو إعلانه بها ، اعتبر هذا الوفاء غير ذى موضوع ، لأن الحق الذى يجب عليه وفاؤه لم يعد للمحيل ، بل انتقل للمحال له . وهكذا يسوغ للمحال له ألا يعتد بالوفاء السابق ، وأن يطالب المدين بالوفاء ؛ وهنا لا يكون للمدين إلا أن يرجع على المحيل بما دفعه له ، على أساس أنه دفع له غير المستحق عليه .

ولكن ما الحكم إذا لم يقع أحد من الإجراءين اللذين يتطلبهما القانون لنفاذ الحوالة فى حق المدين ، وإنما علم هذا بها مع ذلك ، عن طريق آخر ، كما إذا أخبر بها شفاهاً أو فى خطاب ؟ هل يكفى هذا العلم لجعل الحوالة نافذة فى حق المدين وواجبة الاحترام منه ؟

اختلفت فى ذلك الآراء . فقد رأى البعض أن علم المدين بالحوالة يغنى

عن قبوله إياها أو إعلانه بها . وحجة هذا الرأى أن الغاية من هذين الإجراءين هى حمل الحوالة إلى علم المدين . فإن علم هذا بها من طريق آخر ، تحققت الغاية التى يستهدفها القانون . ومؤدى هذا الرأى أنه إذا وفى المدين الدين للمحيل ، برغم علمه بالحوالة ، وحتى قبل صدور قبوله إياها أو إعلانه بها ، كان وفاؤه هذا غير مبرىء لذمته فى مواجهة المحال له[1] .

ونحن لا نقر هذا الرأى . إذ أن المادة ٣٠٥ صريحة فى أن الحوالة لا تكون نافذة فى مواجهة المدين أو الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها . فعلم المدين بالحوالة لا يفيد شيئاً أكثر من علمه بأمر يجعله القانون نفسه غير سار فى حقه ، فلا جرم عليه إذا إن هو لم يعتد به . وهكذا نخلص إلى أن مجرد علم المدين بالحوالة لا يجعلها نافذة فى حقه[2] . وهذا هو الرأى الذى وصل إليه أكثر فقهائنا[3] .

وإذا كان مجرد علم المدين بالحوالة لا يجعلها نافذة فى مواجهته وأنه لا يغنى عن قبوله إياها أو إعلانه بها ، إلا أنه إذا تعمد المدين ، بعدم اعترافه بالحوالة التى يعلم بحصولها ، الإضرار بالمحال له ، كما إذا تواطأ مع المحيل على أن يدفع

(١) أنظر فى هذا المعنى : شفيق شحاته ، حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ص ٣٣ وما بعدها .

(٢) وقد كانت المادة ٤٣٢ من مشروع قانوننا المدنى تتضمن حكماً مخالفاً. فقد جاءت هذه المادة تقول :

« ١ — تبرأ ذمة المدين إذا لم يقبل الحوالة ووفى الدين للمحيل قبل أن يعلن بهذه الحوالة.
٢ — ومع ذلك لا تبرأ ذمة المدين بهذا الوفاء ، إذا أثبت الدائن المحال له أن المدين كان يعلم وقت الوفاء بصدور الحوالة » . وقد تمشى المشروع فى هذا الحكم مع يقضى به القانون السويسرى (المادة ١٦٧ من تقنين الالتزامات) والقانون الألمانى (المادة ٤٠٧ و ٤٠٨) . وقد حذف النص السابق فى لجنة المراجعة . اعتباراً بأنه يتضمن حكماً تفصيليا رؤى الاكتفاء فيه بتطبيق القواعد العامة (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٠١١٨ فى الهامش) .

(٣) وقد وصل إلى نفس هذا الرأى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ج نبذة ٢٦٨ — عبد الحى حجازى ، النظرية العامة للالتزام ج ٣ ص ٢٥٢ وما بعدها — اسماعيل غانم ، أحكام الالتزام نبذ ٢٣٠ .

له هو الدين ، وكان من شأن هذا الفعل أن يرتب الضرر المحال له ، كما إذا تعذر عليه الرجوع بقيمة الدين على المحيل ، إذ حصل كل ذلك ، كان المدين مسئولا عن فعله ، وفقاً للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية . إذ أن هذا الفعل من المدين ينطوى على غش ، والغش يفسد كل شىء . فهنا يعتبر المدين أنه ارتكب فعلا خاطئاً رتب الضرر للمحال له . والجزاء هو تعويض هذا الضرر . وخير تعويض هنا هو عدم الاعتداد بالوفاء الحاصل للمحيل . وهكذا يحق للمحال له أن يعتبر ان الدين لازال موجوداً فى ذمة المدين . فإذا قام بإعلانه بحوالته له ، ساغ له أن يلزمه بالوفاء . ولا يكون للمدين هنا إلا أن يرجع على المحيل ، تأسيساً على أنه دفع له غير المستحق .

وما قلناه بشأن المـــدين يسرى على الغير . فمجرد علم هؤلاء بالحوالة لا يجعلها نافذة فى حقهم ولا يمنعهم من التعامل بشأنها . ولكن إذ أثبت أن أحداً منهم قد تعمد الاضرار بالمحال له ، كما إذ تواطأ مع المحيل على أن يحول له هو الحق مرة ثانية إضراراً بالمحال له الأول ، ووصل إلى السبق فى جعل حوالته نافذة فى مواجهة الغير ، رد عليه قصده ، وفضلت الحوالة الأولى على حوالته ، بشرط ألا يؤدى هـذا التفضيل إلى الإضرار بالمدين ، إذا كان حسن النية[1] .

خلاصة كل ما سبق أن مجرد العلم بالحوالة لا يغنى عن قبول المدين إياها

---

(١) فإذا حول الدائن حقه أولا ل (ا) ، ثم تواطأ مع (ب) على الإضرار بحق (ا) ، فحول له الحق مرة ثانية ، وأصبحت الحوالة الثانية نافذة فى حق الغير قبل الأولى ؛ الأصل هنا هو الاعتداد بالأسبقية فى تاريخ النفاذ فى حق الغير ؛ أى أن الأصل هنا هو تفضيل الحوالة الصادرة ل (ب) ؛ ولكن الغش الذى انطوت عليه هذه الحوالة يفسدها ، ويخلع عنها الأفضلية ليثبتها للحوالة الأولى ، أى تلك التى صدرت ل (ا) ؛ ويترتب على ذلك أن المدين يلتزم بدفع الدين ل (ا) وليس ل (ب) ؛ ولكن إذ كان المدين قد دفع الدين ل (ب) ، قبل إخطاره بفساد الحوالة الصادرة لصالحه ، وكان حسن النية بمعنى أنه لم يشترك فى الغش الذى قصد به الإضرار بمصلحة (ا) ، كان وفاؤه هذا صحيحاً مبرئاً لذمته ؛ أما إذا كان المدين سيىء النية ، بمعنى أن يكون قد اشترك فى التواطؤ الذى قصد به الاضرار بمصلحة (ا) ؛ كان لهذا الأخير ألا يعتد بالوفاء الحاصل منه ل (ب) .

أو إعلانه بها ، وذلك بالنسبة إلى المدين وإلى الغير على حد سواء . ولكن إذا ثبت قصد الإضرار بحق المحال له ، رد على القاصد قبيح قصده ، إذ أن هذا القصد يعتبر من صاحبه غشاً ، والغش يفسد كل شيء Fraus omnia corrumpit .

٢٢٩ – إجراءات خاصة بحوالة بعض الحقوق

تناولنا فيما سبق القواعد التي تحكم نفاذ حوالة الحق في مواجهة المدين والغير . والأصل أن هذه القواعد تسري على حوالة جميع الحقوق الشخصية مدنية كانت أم تجارية . بيد أن هذا الأصل لا يمشي على إطلاقه . فقد يقرر القانون إجراءات خاصة لنفاذ حوالة بعض الحقوق .

ومن الحقوق التي يقرر القانون لحوالتها قواعد خاصة أجرة العقارات . فإذا حولت الأجرة التي تستحق عن إيجار عقار معين مقدما ، أي قبل استحقاقها على المستأجر ، وجب تسجيلها ، إذا كانت عن مدة تزيد على ثلاث سنوات ، وإلا كانت غير سارية في حق الغير فيما زاد على تلك المدة (المادة ١١ من قانون تنظيم الشهر العقاري) .

ومن الحقوق التي يقرر القانون لنفاذها قواعد خاصة أيضاً تلك الثابتة في السندات الإسمية أو الاذنية أو السندات لحاملها . فهذه الحقوق ، وإن كانت تنتقل في العلاقة بين المحيل والمحال له بمجرد التراضي ، إلا أن القانون قرر لنفاذها في مواجهة المدين وفي مواجهة الغير اتباع إجراءات خاصة ، تختلف باختلاف نوع السند الذي يتضمن الحق . فتسري حوالة السندات الإسمية في حق المدين وفي حق الغير ، بقيد الحوالة في سجلات المدين المعدة لهذا الغرض . أما حوالة السندات الإذنية ، كالكمبيالة والشيك الإذني ، فتسري حوالتها في حق المدين وفي حق الغير بالتظهير ، أي بتوقيع الدائن على ظهر السند بما يفيد حوالته للمحال له به . أما السندات لحاملها ، فتسري حوالتها في حق المدين والغير بمجرد تسليمها للمحال له .

المبحث الثالث

آثار الحوالة

٢٣٠ — إذا قامت الحوالة ، أنتجت آثارها . والأصل أن آثار الحوالة تتحدد وفقاً لما ترتضيه الإرادة المشتركة لطرفيها ، فهي عقد ، كما بينا . والعقود تخضع في قيامها وفي الآثار التي ترتبها للإرادة المشتركة لعاقديها ، في حدود ما يفرضه النظام العام ، وإذا كانت آثار الحوالة تتحدد وفقا لما ترتضيه الإرادة المشتركة لعاقديها في حدود النظام العام ، فإن هذه الآثار تختلف بالضرورة باختلاف الأحوال . إلا أنه ، إذا أردنا أن نتناول آثار الحوالة بصفة عامة ، وجدنا تلك الآثار ترجع أساساً إلى الأمور الثلاثة الآتية : (١) انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له . (٢) التزام المحيل بأن يسلم للمحال له سند الدين وبأن يقدم له وسائل إثباته . (٣) التزام المحيل بضمان الحق المحال به . ونتناول كلا من هذه الأمور على التوالي ؛ وذلك فيما يلي :

٢٣١ — أولاً : انتقال الحق من المحيل إلى المحال له

الأثر الأساسي الجوهري للحوالة هو انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له . فإذا كان لـ (ا) ، مثلا ، حق شخص مؤداه أن يلزم المدين (ب) بأن يدفع له ١٠٠ جنيه ، ثم حول (ا) حقه هذا لـ (ح) ، انتقل هذا الحق من الدائن الأصلي المحيل (ا) إلى الدائن الجديد المحال له (ح) .

والقاعدة هنا أن الذي ينتقل من المحيل إلى المحال له هو ذات الحق الذي كان ثابتاً للأول . فالتغيير هنا لا يتناول إلا شخصية الدائن . فبعد أن كان الحق المحال به ثابتاً للمحيل ، أصبح هو بذاته ثابتاً للمحال له . وتترتب على ذلك النتائج الهامة الآتية :

١ — للمحال له أن يطالب المدين بأن يؤدي له نفس موضوع الالتزام الذي كان ملتزماً بأن يؤديه للمحيل ، وذلك بغض النظر عما إذا كان المقابل

الذى تحمله المحال له . فى سبيل الحوالة ، يقل أو يزيد عن موضوع الحق المحال به ، أو أنه لم لايتحمل فى سبيلها بأى مقابل . فإذا كان لـ (ا) ، مثلا حق على (ب) مقداره ١٠٠ جنيه ، ثم حول (ا) حقه هذا لـ (حـ) الذى دفع فى شرائه ٥٠ جنيها ، كان لهذا الأخير أن يرجع على المدين (ب) بنفس الحق الذى كان ثابتاً عليه من قبل لـ (ا) ، أى أن له أن يطالبه بمائة .

وإذا كانت القاعدة أنه يثبت للمحال له أن يرجع على المدين المحال عليه بنفس قيمة الحق الذى كان ثابتا من قبل للمحيل ، إلا أنه يرد على هذه القاعدة استثناء ، بالنسبة إلى الحقوق المتنازع فيها ، وهى تلك التى يكون قد سبق رفع دعوى بشأنها أو ثار بصددها نزاع جدى (المادة ٢/٤٦٩) . فإذا وردت الحوالة على حق متنازع فيه ، وكانت شمن ، حق المدين المحال عليه ، أن يتخلص من مطالبة المحيل له ، بأن يدفع له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من تاريخ الدفع (المادة ١/٤٦٩) .

٢ — الحق ينتقل من المحيل إلى المحال له بنفس صفاته وأوصافه . فالصفة المدنية أو التجارية التى كان يتمتع بها الحق وهو ثابت للمحيل ، تبقى له بعد انتقاله للمحال له . وكذلك الشأن بالنسبة لما إذا كان الحق ثابتاً بمقتضى حكم أو فى محرر رسمى أو عرفى أو غير ثابت فى محرر أصلا ، وبالنسبة لما إذا كان يغل فائدة أو لا يغلها . وإذا كان الحق المحال به معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل أو تضامنياً أو غير قابل للانقسام ، احتفظ بوصفه بعد انتقاله إلى المحال له .

٣ — ينتقل الحق بتوابعه وملحقاته . فكل ما يعتبر من توابع الحق المحال به أو ملحقاته ينتقل مع الحق للمحال له ، مالم يتفق على غير ذلك . ووفقاً للمادة ٣٠٧ يعتبر من توابع الحق وملحقاته ، وبالتالى تشمله الحوالة ، ما حل من فوائد الحق وأقساطه . فالفوائد والأقساط التى حلت قبل الحوالة ، تكون من حق المحال له ، مالم يتفق على غير ذلك .

٤ — ينتقل الحق بجميع تأميناته وضماناته . ولا فرق فى ذلك بين التأمينات الشخصية ، كالكفالة ، والتأمينات العينية ، وهى الرهن الرسمى والحيازى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز . ولا فرق فى ذلك أيضاً بين ما إذا كان التأمين مقدماً من المدين ، أم مقدماً من الغير . وفى ذلك تقضى المادة ٣٠٧ بأنه : « تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة والامتياز والرهن... » .

٥ — ينتقل الحق من المحيل إلى المحال له وهو مهدد بنفس الدفوع التى كانت تتهدده من قبل . ويترتب على ذلك أنه يسوغ للمدين أن يتمسك فى مواجهة المحال له بنفس الدفوع التى كان يسوغ له أن يتمسك بها فى مواجهة المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه [1] (المادة ٣١٢) .

من كل ما سبق يبين أنه يترتب على حوالة الحق انتقاله من المحيل إلى المحال له بذاته وبصفاته وأوصافه وبتوابعه وملحقاته وبتأميناته وضماناته وبما يرد عليه من دفوع .

٢٣٢ — وقت انتقال الحق :

رأينا فيما سبق أن الأثر الرئيسى للحوالة هو انتقال الحق من المحيل إلى المحال له . وحرى بنا الآن أن نحدد الوقت الذى يتم فيه هذا الانتقال ، لأهميته القصوى .

وهذا الوقت يختلف باختلاف الأشخاص . فالحق ينتقل فى تاريخ معين فى علاقة المحيل بالمحال له ، وهو ينتقل فى تاريخ ثان بالنسبة إلى المدين المحال عليه ، وينتقل فى تاريخ ثالث بالنسبة إلى الغير ، وذلك كله على النحو التالى :

٢٣٣ — فى علاقة المحيل بالمحال له ،

---

(١) ويستثنى من ذلك ، وفقاً لما سبق بيانه ، الدفع بالمقاصة بين الحق المحال به والحق الذى يكون ثابتاً للمدين على المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه ، إذا كان المدين قد قبل الحوالة بدون تحفظ (المادة ٣٦٨) .

يعتبر الحق منتقلا من الأول إلى الثانى فور انعقاد الحوالة ، أى بمجرد التراضى عليها . فالحوالة ترتب فى ذمة المحيل التزاماً بنقل الحق إلى المحال له . وهذا الالتزام ينفذ من تلقاء نفسه فور نشوئه . وفى ذلك تتشابه حوالة الحق الشخصى مع التصرف فى الحق العينى الوارد على منقول مادى معين بذاته بملكه المتصرف ، حيث يؤدى هذا التصرف إلى نقل الحق للمتصرف إليه بمجرد إبرامه [1] (المادة ٢٠٤) . وكل ما هنالك من خلاف ينحصر فى أن التصرف فى المنقول المادى المعين بالذات يؤدى بذاته وفور إبرامه إلى انتقال الحق إلى المتصرف إليه فى مواجهة المتصرف وفى مواجهة الغير على حد سواء . أما حوالة الحق الشخصى ، فلا تنقل الحق فور إبرامها إلا فى مواجهة المحيل ، دون المدين والغير ، حيث يتطلب انتقال الحق فى مواجهتهم إجراءات خاصة .

٢٣٤ — انتقال الحق فى مواجهة المدين : لا يعتبر الحق منتقلا من المحيل إلى المحال له ، فى مواجهة المدين المحال عليه ، إلا ابتداء من الوقت الذى تصير فيه الحوالة نافذة فى حقه ، أى من تاريخ قبوله إياها أو إعلانه بها . أما قبل ذلك الوقت ، فيعتبر الحق ، بالنسبة إلى المدين ، ثابتا للمحيل ولم ينتقل منه إلى المحال له ، حتى لو كانت الحوالة قد أبرمت بالفعل . ويترتب على ذلك النتيجتان الآتيتان :

١ — إذا وفى المدين الدين للمحيل بعد انعقاد الحوالة ، ولكن قبل نفاذها فى حقه ، اعتبر وفاؤه هذا صحيحا مبرئاً لذمته حتى فى مواجهة المحال له ، ما لم يتم هذا الوفاء نتيجة الغش إضرارا بحق هذا الأخير . أما بعد نفاذ الحوالة فى حق المدين ، فيتحتم عليه الوفاء بالدين للمحال له دون المحيل ، بحيث أنه لو أداه بعد ذلك لهذا الأخير ، اعتبر أنه أداه لمن لا يستحقه ، وكان للمحال له ألا يعتد بهذا الوفاء ، ويطالبه بأن يفى له هو بالدين ،

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ٢٤ .

على أن يكون للمدين أن يرجع على المحيل بما دفعه له ، اعتباراً بأنه دفع له غير المستحق عليه .

٢ — فى تاريخ نفاذ الحوالة فى حق المدين ، تتحدد الدفوع التى يكون لشخصية المحيل أثر فى ثبوتها له ، كالدفع بالإبراء من الدين الحاصل من المحيل ، وكالدفع بالمقاصة بين الدين المحال به والدين الذى يكون ثابتاً للمدين على المحيل . وفى ذلك تقضى المادة ٣١٢ بأنه : « للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه ... » . فيجوز للمدين أن يتمسك ، فى مواجهة المحال له ، بالإبراء الحاصل له من المحيل قبل نفاذ الحوالة فى حقه ، ولكنه لا يسوغ له أن يتمسك بهذا الإبراء إذا وقع بعد ذلك التاريخ . وكذلك الشأن بالنسبة إلى المقاصة ، إذ أنه يسوغ للمدين أن يتمسك ، فى مواجهة المحال له بالمقاصة بين الحق المحال به وبين الدين الذى يكون ثابتاً له على المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه [1] ، ولكنه لا يسوغ له أن يتمسك بالمقاصة بين الدين المحال به والدين الذى يثبت له على المحيل بعد نفاذ الحوالة فى حقه .

يخلص من هذا أن الدفوع التى يكون لشخصية المحيل أثر فى ثبوتها للمدين تتحدد فى تاريخ نفاذ الحوالة فى حق هذا الأخير ، بمعنى أنه لا يكون للمدين أن يتمسك من هذه الدفوع إلا بتلك التى كانت ثابتة له عند نفاذ الحوالة فى مواجهته . أما بعد ذلك التاريخ ، فتحل شخصية المحال له مكان شخصية المحيل ، بالنسبة إلى الدفوع التى تنشأ للمدين .

ولا يسرى الحكم السابق إلا بالنسبة إلى الدفوع التى يكون لشخصية المحيل أثر فى ثبوتها للمدين . أما بالنسبة إلى الدفوع المتعلقة بالالتزام فى ذاته ، فيكون للمدين أن يتمسك بها فى مواجهة المحال له ، حتى لو لم تكن

---

(١) وذلك مع استثناء الحالة التى يقبل فيها المدين الحوالة من غير تحفظ ، حيث يعتبر هذا القبول منه نزولا عن التمسك بالمقاصة بين الحق المحال به وبين الدين الذى كان للمدين على المحيل ، وفقاً لما سبق أن بيناه . راجع ما سبق ، نبذة ٢٢٦ .

ثابتة له عند نفاذ الحوالة فى مواجهته . ومثال ذلك الدفع بالتقادم ؛ فإذا كانت مدة التقادم لم تكتمل عند نفاذ الحوالة فى حق المدين ، ولكنها اكتملت بعد ذلك ، حق للمدين أن يتمسك بالتقادم فى مواجهة المحال له ، مع احتساب المدة التى انقضت على الدين حالة كونه ثابتاً للمحيل ؛ وذلك فى حين أن الدفع بالتقادم لم يكن ثابتاً للمدين عند نفاذ الحوالة فى حقه . ومثال ذلك أيضا تحقق الشرط الفاسخ بعد نفاذ الحوالة ؛ إذ يجوز هنا أيضا للمدين أن يتمسك بهذا الدفع فى مواجهة المحال له ، برغم أنه لم يثبت له، إلا بعد نفاذ الحوالة فى حقه .

٢٣٥ — انتقال الحق فى مواجهة الغير : لا يعتبر الحق المحال به منتقلا من المحيل إلى المحال له فى مواجهة الغير إلا من وقت نفاذ الحوالة فى حقهم ، أى من تاريخ إعلان الحوالة للمدين أو قبوله إياها قبولا ثابت التاريخ . أما قبل ذلك الوقت ، فيعتبر الحق المحال به ثابتا للمحيل ولم ينتقل منه إلى المحال له . ويجوز للغير أن يتعاملوا على هذا الأساس ، مع استثناء حالة الغش ، كما سبق أن بينا [1] .

ويترتب على ذلك ، أنه إذا تعددت الحوالة بحق واحد فضلت الحوالة التى تصبح قبل غيرها نافذة فى حق الغير (المادة ٣١٣) . وذلك مع استثناء حالة الغش .

ويترتب على ذلك أيضا أنه إذا أوقع أحد دائنى المحيل حجزاً على الحق المحال به ، فى تاريخ لاحق لاعتبار الحوالة نافذة فى حق الغير ، اعتبر هذا الحجز واقعاً على مال لم يعد لمدين الحاجز (المحيل)، وما سرى فى حق المحال له. أما إذا كان هذا الحجز قد أوقع فى تاريخ سابق لنفاذ الحوالة فى حق الغير، وجب الاعتداد به فى مواجهة المحال له . وتطبيق القواعد العامة يؤدى هنا

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ٢٢٨ .

إلى أن الحاجز لا يتأثر بالحوالة . ولكن المشرع راعى مصلحة المحال له ، واعتبر الحوالة ، بالنسبة إلى الحاجز ، بمثابة حجز آخر أوقع على الحق المحال به . وفى ذلك تقضى المادة ١/٣١٤ بأنه : « إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر » . ومثال الحالة التى نحن بصددها أن يحول الدائن حقه إلى (ا) ، ثم يأتى (ب) ، وهو أحد دائنى المحيل ، فيحجز على الحق المحال به ، قبل نفاذ الحوالة فى حق الغير . وفى هذه الحالة يعتد بالحجز الواقع من (ب) فى مواجهة المحال له (ا) ، ما دام قد تم فى تاريخ سابق لنفاذ الحوالة فى حق الغير ، أى فى تاريخ يعتبر الحق فيه ، بالنسبة إليهم ، لا زال ثابتاً للمحيل (وهو مدين الحاجز) . ولكن القانون اعتبر الحوالة الصادرة لـ (ا) بالنسبة إلى الحاجز (ب) ، بمثابة حجزاً آخر أوقع لصالح المحال له . وهكذا يعتبر الحق هنا محجوزاً عليه من كل من (ب) و (ا) . والقاعدة أنه إذا تعدد الحاجزون على نفس المال ، فإنهم يقتسمونه قسمة غرماء ، أى بنسبة ديونهم . فإذا كانت قيمة كل من الحق المحال به والحق المحجوز بمقتضاه (أى حق ب) ٣٠٠ جنيه ، اعتبر أن (ا) و (ب) أوقعا الحجز بمقتضى دينين متساويين ، فتقسم قيمة الحق عليهما بالتساوى ، وينال كل منهما ١٥٠ جنيهاً .

وقد تتعقد الأمور أكثر من ذلك فى الحالة التى يوقع فيها حجز على الحق المحال به . قبل نفاذ الحوالة فى الغير ، وحجز آخر بعد ذلك النفاذ . ومثال هذه الحالة أن يحول الدائن حقه لـ (ا) ، وقبل نفاذ الحوالة فى حق الغير يوقع (ب) ، باعتباره دائناً للمحيل ، حجزاً على الحق المحال به ، وبعد ذلك النفاذ، يوقع (ء) ، وهو دائن آخر للمحيل، حجزاً ثانياً. وإعطاء حكم عادل لهذه الحالة أمر بالغ الصعوبة . وقد تعددت بصدده الآراء فى ظل القانون الفرنسى وفى ظل قانوننا القديم . وترجع الصعوبة هنا إلى أن الحجز

الأول، وإن كان سارياً فى حق المحيل ، إلا أن الحجز الثانى لا يسرى فى حقه .
وقد حسم قانوننا الحالى هذا الموضوع ، متبنياً أحد الآراء التى كان يقول بها الفقه ، وذلك فى المادة ٣١٤ التى تقضى بأنه : « ١ — إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر . ٢ — وفى هذه الحالة ، إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة فى حق الغير ، فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة » .

ومؤدى هذا النص أنه إذا حول الحق لـ (ا)، ثم أوقع (ب) حجزاً قبل نفاذ الحوالة فى حق الغير ، وأوقع (ج) حجزاً بعد هذا النفاذ ، وكانت قيمة الحق المحال به وكل من دينى (ب) و (ج) ٣٠٠جنيه ؛ هنا نبدأ بتقسيم قيمة الحق على كل من (ا) و (ب) و (ج) قسمة غرماء ، فيخص كل منهم ١٠٠ جنيه ، ويأخذ الحاجز الأول (ب) حصته ؛ أما حصة الحاجز الثانى (ج) ،فتعطى للمحال له ولا يأخذ هو شيئا . وهكذا ينتهى الأمر فى مثالنا ، إلى أن المحال له (ا) ينال ٢٠٠جنيه ، ويأخذ الحاجز الأول (ب) ١٠٠جنيه ، ولا يأخذ الحاجز الثانى (ج) شيئا .

٢٣٦ — ثانياً : التزام المحيل بتسليم سند الدين وبتقديم وسائل إثباته :

تكلمنا فيما سبق فى الأثر الأول للحوالة ، وهو انتقال الحق من المحيل إلى المحال له . والأثر الثانى هو التـــزام المحيل بتسليم سند الدين وبتقديم وسائل إثباته للمحال له .

فالمحيل يلتزم بأن يسلم للمحال سند له الدين ، إذا كان له سند . كما أنه يلتزم بأن يقدم له وسائل إثباته الأخرى ، كأسماء الشهود إذا كانت البينة جائزة فى إقامة الدليل عليه .

ولم يرد فى قانوننا نص يتضمن هذا الالتزام [1] . ومع ذلك لا يمكن أن يقوم هناك أدنى شك فى وجوده . إذ أن طبيعة الأمور ذاتها تقتضيه ، فضلا عن أن القواعد القانونية العامة تحتمه .

٢٣٧ — ثالثاً : التزام المحيل بالضمان فى [illegible]

الأثر الثالث والأخير الذى يترتب على حوالة الحق بوجه عام هو التزام المحيل بالضمان . فالمحيل يلتزم بمقتضى الحوالة بنقل الحق إلى المحال له . فإن لم يوف بالتزامه هذا تحمل بالمسئولية .

على أن الالتزام بالضمان لا يثقل ، كأصل عام ، كاهل المحيل ، إلا إذا كانت الحوالة بعوض . أما إذا كانت الحوالة بغير مقابل ، فلا يلتزم المحيل بالضمان ، إلا إذا اتفق على تحمله به ، أو كان حرمان المحال له من الحق المتبرع له به قد نشأ بفعل المحيل (المادة ٣١١) ، كما إذا عمد هذا إلى إبراء المدين من الدين قبل نفاذ الحوالة فى حقه . وما ذلك إلا مجرد تطبيق للقواعد العامة التى تقضى بأن المتبرع لا يضمن للمتبرع له استحقاق المتبرع به ، إلا إذا اتفق على غير ذلك ، أو كان الاستحقاق ناشئاً بفعل المتبرع نفسه (المادة ٤٩٤) . وقد ركز المشرع الحكم السابق فى المادة ٢/٣٠٨ التى تقضى بأنه : « ٢ — أما إذا كانت الحوالة بغير عوض ، فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق » .

يتحصل مما سبق أن المحيل لا يتحمل بالضمان ، بحسب الأصل ، إلا إذا كانت الحوالة بعوض . وفى هذه الحالة ، لا يضمن المحيل إلا وجود الحق .

---

(١) وقد جاءت المادة ٤٣٤ من مشروع قانوننا الحالى تنص على هذا الالتزام ؛ وهى فى ذلك تقول : « يجب على المحيل أن يسلم للمحال له سند الحق المحال به وأن يقدم له وسائل إثبات هذا الحق ، وما هو ضرورى من بيانات لتمكينه من حقه » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، دون أن يشار إلى سبب حذفه . ولا جدال فى أن هذا السبب يرجع إلى عدم فائدة النص ، لاعتبار أن يتضمن حكما تقتضيه طبيعة الأمور ذاتها .

فى ذمة المحال عليه وقت انعقاد الحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك . وفى ذلك تقضى المادة ٣٠٨ / ١ بأنه : « إذا كانت الحوالة بعوض ، فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » . فالمحيل لا يكون فى حالتنا مسئولا ، إلا إذا ثبت أن الحق المحال به غير موجود عند انعقاد الحوالة ، بأن كان باطلا ، مثلا ، أو كان قد انقضى بأى سبب من أسباب الانقضاء فى هذا التاريخ .

وإذا كان المحيل لا يضمن إلا وجود الحق عند حوالته ، فمؤدى ذلك أنه لا يضمن يسار المدين . فإن كان الحق ، عند حوالته ، موجوداً فى ذمة المدين المحال عليه ، ولكن هذا المدين معسر ، بحيث يتعذر على المحال له اقتضاء الحق منه ، فلا مسئولية على المحيل . بيـــد أن المحيل ، وإن كان بحسب الأصل غير ضامن ليسار المدين ، إلا أن هذا الضمان يلزمه إذا ارتضاه ، إذ هو يأخذ هنا بما يشترطه على نفسه . وقد تضمنت المادة ٣٠٩/١ هذا الحكم بقولها : « ١ — لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان » .

وإذا اتفق على أن المحيل يضمن يسار المدين ، فلا يعتبر المحيل مسئولا إلا عن يسار المدين وقت انعقاد الحوالة ، بحيث أنه إذا كان المدين فى هذا الوقت مقتدراً ، ثم أعسر بعد ذلك ، ما كان للمحال له أن يرجع على المحيل بشىء ، حتى لو تعذر عليه استيفاء دينه كله أو بعضه . وتستثنى من الحكم السابق الحالة التى يرتضى فيها المحيل ضمان يسار المدين إلى وقت يتلو انعقاد الحوالة ؛ فهنا يأخذ المحيل بما ارتضاه على نفسه ، ويسأل عن يسار المدين فى الوقت المتفق عليه . وقد تضمنت المادة ٣٠٩ / ٢ هذا الحكم بقولها : « ٢ — وإذا ضمن المحيل يسار المدين ، فلا ينصرف هـذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

خلاصة كل ما سبق أن المحيل لا يلتزم بالضمان ، إلا إذا كانت الحوالة بعوض ، على ألا ينصرف هذا الضمان إلا إلى وجود الحق المحال به وقت الحوالة ، فهو لا يشمل يسار المدين ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . ومن الجائز الاتفاق على تشديد الضمان ، كأن يتفق على ضمان المحيل يسار المدين . وكذلك لا يوجد ثمة ما يمنع من الاتفاق على تخفيف الضمان على المحيل أو على إعفائه منه بالكلية .

وفى جميع الأحوال التى يعفى فيها المحيل من الضمان ، سواء أكان إعفاؤه ناتجاً من نص فى القانون ، كما هو الشأن فى الحوالة بغير عوض ، أو كان ناتجاً من الاتفاق عليه ، كما إذا تضمنته الحوالة بعوض ؛ فى جميع هذه الأحوال ، يلتزم المحيل بالضمان ، إذا كان حرمان المحال له من الحق ناشئاً عن فعله الشخصى ، ولو اتفق على غير ذلك . وفى ذلك تقضى المادة ٣١١ بأنه : « يكون المحيل مسئولا عن أفعاله الشخصية ، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان » . ومثال الأفعال الشخصية للمحيل التى من شأنها أن تحمله بالضمان فى جميع الأحوال ، قيامه بإبراء المدين قبل نفاذ الحوالة فى حقه ، وقيامه بحوالة الحق مرة ثانية ، إذ كان من شأنها أن تفضل الحوالة الأولى ، لسبقها فى تاريخ النفاذ فى حق الغير .

وإذا كان المحيل ملتزماً بالضمان ، سواء أكان ضامناً لوجود الحق أو ليسار المدين ، فإنه لا يكون ملزماً إلا بأن يرد للمحال له ما استولى عليه منه بمقتضى الحوالة ، مع الفوائد والمصروفات . ويسرى هذا الحكم حتى لو اتفق على خلافه ، لتعلقه بالنظام العام . وفى ذلك تقضى المادة ٣١٠ بأنه : « إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقاً للمادتين السابقتين ، فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ، ولو وجد إتفاق يقضى بغير ذلك » .

فنطاق الالتزام بالضمان فى الحوالة أضيق نطاقاً مما تقتضيه القواعد

القانونية العامة فتؤدى هذه القواعد العامة ، أن يعوض المحيل المحال له عن كل ما ناله من ضرر من جراء عدم وجود الحق أو إعسار المدين . بحسب الأحوال ، الأمر الذى يؤدى ، فى الأقل، إلى التزام المحيل بدفع قيمة الحق المحال به للمحال له . ولكن المشرع خرج هنا على القواعد العامة، حتى يقطع على المرابين والانتهازيين سبيل الكسب عن طريق المضاربة بشراء الحقوق. فحرمهم من أن يطالبوا بما فاتهم من كسب ، وقصر حقهم على المطالبة بتعويضهم عما لحقهم من خسارة .

الفصل الثانى

حوالة الدين

٢٣٨ — حوالة الدين [1] cession de dette نظام مؤداه انتقال الحق الشخصى ، من ناحيته السلبية ، أى باعتباره ديناً ، من المدين الأصلى إلى مدين جديد يتحمل بالالتزام مكانه . فالمدين هنا هو الذى يتغير وحده . أما ذات الالتزام ، وكذلك الدائن فيه ، فيبقيان دون تغيير .

وحوالة الدين تقابل حوالة الحق التى يترتب عليها انتقال الحق الشخصى ، من ناحيته الايجابية ، أى باعتباره حقاً ، من الدائن الأصلى إلى دائن جديد .

وقد استحدث قانوننا الحالى ، كما سبق أن بينا [2] ، نظام حوالة الدين ، متأثراً فى ذلك بالقانون الألمانى وبالشريعة الإسلامية . أما قانوننا القديم ، فلم يكن يقر إلا حوالة الحق دون حوالة الدين ، سائراً فى ذلك على غرار القانون الفرنسى .

والفكرة الأساسية التى تسود حوالة الدين فى قانوننا هى ضرورة موافقة الدائن عليها ، حتى تنتج أثرها الكامل ، ونعنى به انتقال الدين من المدين القديم إلى المدين الجديد . فبغير تلك الموافقة ، لا يحصل هذا الانتقال ، وإن أنتج الاتفاق على الحوالة الذى يتم بين المدين الأصلى والمحال عليه بالدين بعض الآثار التى سنحددها فى حينها . وفى هذا تختلف حوالة الدين اختلافاً أساسياً عن حوالة الحق ، التى يمكن أن تنعقد وتنتج جميع آثارها بغير موافقة

---

(١) أنظر : زميلنا عبد الودود عبد الرحمن يحيى ، حوالة الدين ، رسالة مقدمة الى جامعة القاهرة فى سنة ١٩٥٧ .

(٢) أنظر ما سبق ، نبذة ٢١٢ .

المدين المحال عليه ، بل برغم اعتراضه[1] . ويرجع السبب فى هذا الاختلاف الجوهرى بين نوعى الحوالة إلى أن المدين بحسب الأصل ، لا يهمه أن يتغير عليه دائنه ، فهو على أية حال ملتزم بأداء الدين ، ويستوى لديه أن يؤديه إلى دائنه الأصلى أم إلى الدائن الجديد الذى يحول الحق إليـه . أما الدائن ، فتهمه شخصية المدين إلى حد بالغ . إذ أن قيمة حقه ذاتها تتأثر عملا بشخصية المدين ، وما يتصف به من الملاءة وحسن الاستعداد لوفاء ديونه أو العسر والمطل والتسويف . من أجل ذلك ، سمح القانون ، كأصل عام ، أن يتغير على المدين دائنه نتيجة حوالة الحق دون حاجة إلى رضائه ، فى حين أنه استلزم فى جميع الأحوال موافقة الدائن ، لـكى يتغير عليه مدينه نتيجة حوالة الدين .

٢٣٩ — التمييز بين حوالة الدين والتجديد

الأثر الرئيسى لحوالة الدين هو انتقاله من المدين الأصلى إلى شخص آخر يلتزم به مكانه . وهكذا تؤدى حوالة الدين ، بالنسبة إلى الدائن ، إلى تغيير المدين . وهى بهذه المثابة تتشابه مع تجديد الالتزام ، فى إحدى صوره ، ونعنى بها تجديد الالتزام بتغيير المدين . ولـكن الفارق بين النظامين كبير يمس ذات الأساس الذى يقوم عليه كل منهما . فالتجديد يؤدى إلى انقضاء الالتزام القديم وحلول آخر محله . أما حوالة الدين ، فلا تؤدى إلى انقضائه ، ولـكن هى تؤدى إلى انتقاله بذاته إلى المدين الجديد .

٢٤٠ — وحوالة الدين ، بخلاف حوالة الحق ، ليست شائعة فى العمل ، مع استثناء إحدى الصور التى تقع فيها تلك الحوالة ، وهى الصورة التى يحول فيها المتعاقد كل حقوقه والتزاماته الناشئة من عقد معين إلى آخر . ومثال هذه الصورة التنازل عن الإيجار الذى يقع من المستأجر الأصلى إلى آخر يحل

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ٢٢١ .

محله فى حقوقه والتزاماته فى مواجهة المؤجر ؛ إذ أن التنازل عن الإيجار يتضمن حوالة لحقوق المستأجر وحوالة لالتزاماته[1]. أما فى غير هذه الصورة، فحوالة الدين نادرة عندنا. ولعل السبب فى ذلك هو حداثة عهدنا بها.

٢٤١ — أعطينا فيما سبق فكرة عامة عن حوالة الدين تستهدف التعريف بها. وبقى لنا بعد ذلك أن نتناول القواعد التى تحكمها. ونتكلم فى هذه القواعد فى مبحثين : نخصص أولهما لقيام الحوالة، وثانيهما لآثارها.

المبحث الأول

قيام الحوالة

٢٤٢ — حوالة الدين تتم فى صورة من اثنتين : فهى إما أن يتفق عليها بين المدين الأصلى وبين الأجنبى الذى يحال الدين عليه، ثم يقر الدائن اتفاقهما هذا وإما أن يتفق على الحوالة بين الدائن والأجنبى الذى يحال الدين عليه، بغير حاجة إلى رضا المدين. ونتناول كلا من هاتين الصورتين على التوالى :

٢٤٣ — (١) الحوالة التى تتم باتفاق المدين والمحال عليه.

الصورة الأولى لحوالة الدين هى قيامها نتيجة اتفاق بين المدين الأصلى والمدين الجديد. فيجوز للمدين الأصلى أن يتفق مع أجنبى على أن يتحمل بالدين مكانه (المادة ٣١٥). ومثال ذلك أن يكون (ا) دائنا لـ (ب) بدين مضمون برهن يثقل عقاره، ثم يبيع (ب) هذا العقار لـ (ج)، ويتفق معه على أن يتحمل (أى ج) الدين الذى عليه (على ب) لصالح (ا)، خصماً من الثمن.

والحوالة هنا تتم، كما هو ظاهر، باتفاق يقع بين المدين والشخص الذى

(١) راجع مؤلفنا : عقد الايجار ج ١ نبذه ٢٥٩.

يتحمل الدين عنه ، أى بين المحيل والمحال عليه . فالدائن ليس طرفاً فى هذا الاتفاق . ومن ثم لا يلزم رضاؤه لقيامه .

وإذا كان رضاء الدائن ليس لازماً هنا لانعقاد الحوالة بين المدين والمحال عليه ، إلا أنه ضرورى لنفاذ الحوالة فى حقه . ولا يغنى عن رضاء الدائن للحوالة إعلانه بها [١] . وفى هذا تقضى المادة ٣١٦/١ بأنه : « لا تكون الحوالة نافذة فى حق الدائن إلا إذا أقرها » .

وللدائن كامل الحرية فى أن يقر الحوالة أو يرفضها . فالأمر متروك لمحض تقديره ، دون أن يكون عليه فى هذا التقدير معقب . فللدائن أن يرفض الحوالة ، حتى لو كان المدين الجديد المحال عليه بين الملاءة والاقتدار ، وحتى لو كان دينه مكفول الوفاء بعد الحوالة . إذ أن الاقتدار ليس هو الأمر الوحيد الذى يهم الدائن من مدينه . فإلى جانبه ، يهم الدائن أن يجد فى مدينه حسن الاستعداد لقضاء ديونه وبعده عن المشاكسة والتسويف والمطل وقد ترك للدائن أمر التقدير فى هذا المجال ، دون معقب عليه فى ذلك من أحد [٢] .

(١) وفى هذا تختلف حوالة الدين عن حوالة الحق . إذ أن هذه الأخيرة تنفذ فى حق المدين بقبوله إياها أو بإعلانه بها .

(٢) وقد كانت المادة ١/٤٤٦ من مشروع القانون تقضى بأنه : « لا تكون الحوالة نافذة فى حق الدائن إلا إذا أقرها . على أنه لا يجوز للدائن دون مبرر أن يرفض الحوالة إذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء » . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية ، تبريراً لحكم الشق الأخير من النص ، أنه يستند إلى نظرية عدم جواز إساءة استعمال الحق. وقد حذف هذا الشق ، استناداً إلى أن النفوس أصبحت الآن مليئة بالشر والمكر ، وإلى أن هناك أشخاصاً أغنياء لا يمكن التعامل معهم ولا اقتضاء الحقوق منهم (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٤٢) .
وقد اختلفت المذاهب الاسلامية فى مدى حق الدائن فى رفض حوالة الدين الحاصلة من مدينه . وتركز هذا الخلاف حول تفسير الحديث النبوى الشريف الذى يقضى بأنه : « إذا أحيل أحدكم على ملىء فليحتل » . والراجح فى فقه المذهب الحنفى أن المقصود من هذا الحديث هو مجرد الاستحباب ديناً ، وليس الجبر والإلزام . وقد أدى هذا التفسير برجال هذا المذهب إلى ان يجعلوا حوالة الدين موقوفة دائماً على رضاء الدائن ، حتى لو كان المدين موسراً مقتدراً . أما فى مذهب المالكية ، فلا يجوز للدائن أن يرفض الحوالة ، إذا كان المدين موسراً ؛ فإن فعل حق للقاضى أن يصرف النظر عن رفضه . وقد سار مذهب الإمام أحمد ابن حنبل خطوة أبعد من مذهب الإمام مالك . فهو لا يجعل رضاء الدائن بالحوالة شرطاً لنفاذها فى حقه ، إلا إذا كان المدين معسراً .

وتطبيقاً للقواعد العامة ، قد يجيء إقرار الدائن للحوالة صريحاً ، كما أنه قد يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال . ومثال الإقرار الضمني ، أن يعلم الدائن بالحوالة ، ثم يقبض جزء من الدين أو يقبض فوائده من المحال عليه باعتباره هكذا وبدون تحفظ ، أو أن يرفع الدائن الدعوى على المحال عليه يطالبه بالدين بوصفه هكذا ، أو أن يمنحه أجلا للوفاء[1] .

والأصل فى إقرار الدائن للحوالة أن يجيء بعد حصولها . ولكن لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يرتضي الدائن الحوالة قبل وقوعها ، وسواء فى ذلك أن يجيء هذا الرضاء عند نشوء الدين فى ذمة المدين الأصلي أم بعد ذلك[2] ، بشرط أن ينصرف فى جميع الأحوال إلى شخص المحال عليه .

ولا يوجد ، بحسب الأصل ، حد زمني لإقرار الدائن للحوالة أو لرفضه إياها . فالقاعدة العامة أنه يجوز له أن يفعل هذا الأمر أو ذاك فى أى وقت ، ما دامت الحوالة قائمة بين المدين وبين المحال عليه ، لم يتقرر إلغاؤها بينهما[3] . ولكن يهم بطبيعة الحال المدين والمحال عليه أن يبت الدائن فى الموضوع برأى ، حتى يتصرفا على ضوئه . وقد أتاح لهما القانون إجراء يمكنهما من حث

(١) وقد جاء فى مشروع القانون نص يفيد أن إقرار الدائن للحوالة قد يجيء صريحاً أو ضمنياً . وهذا هو نص المادة ٤٤٥ الذى يقضى بأنه : « يكون إقرار الدائن للحوالة صريحاً أو ضمنياً ، ويعتبر الدائن قد أقر الحوالة إذا وفى المحال عليه الدين بصفته مديناً ، وقبل الدائن دون تحفظ هذا الوفاء ، أو قبل أى عمل آخر يقوم به المحال عليه بصفته مديناً » . وقد حذف هذا النص ، لكونه مجرد ترديد للقواعد العامة . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ ص١٣٧ فى الهامش .

(٢) وفى هذا خلاف بين رضاء الدائن لحوالة المدين للدين ، وبين قبول المدين لحوالة الحق من الدائن . فقد سبق لنا أن رأينا أن قبول المدين لحوالة الحق ، كشرط لنفاذها فى حقه وفى حق الغير ، يلزم أن يجيء بعد صدور تلك الحوالة (أنظر ما سبق ، نبذة ٢٢٥) . والسبب فى هذا الخلاف هو أن رضاء الدائن بحوالة الدين مقصود لذاته ، ومن ثم استوى أن يجيء بعد الحوالة أو قبلها . أما قبول المدين لحوالة الحق ، كشرط لنفاذها فى حقه وفى حق الغير ، فهو لا يتطلب لرضائه بالحوالة ، إذ أن رضاءه بها غير لازم ؛ وإنما هو مجرد إجراء قصد به حمل الحوالة إلى علم المدين حتى يلزم باحترامها ؛ ومن أجل ذلك ، وجب أن يكون هذا القبول لاحقاً لتمام الحوالة ، أو فى الأقل ، معاصراً لها .

(٣) فطالما أن الدائن لم يقر الحوالة ، يجوز للمدين وللمحال عليه أن يرجعا فيها . فإن فعلا ، ما ساغ للدائن بعد ذلك أن يقر الحوالة . لأن إقراره هنا يرد على غير ذى موضوع .

الدائن على اتخاذ قراره . ويتركز هذا الإجراء فى قيام أحدهما بإعلان الدائن بالحوالة وتحديد أجل معقول ، يخضع فى تقريره لرقابة القاضى ، لكى يبدى خلاله رأيه . فإن صرح الدائن فى خلال هذا الوقت برأيه ، اعتد بما صرح به ؛ وإن سكت اعتبر سكوته رفضاً للحوالة . وفى ذلك تقضى المادة ٢/٣١٦ بأنه :
« ٢ — وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلى بإعلان الحوالة إلى الدائن وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار ، اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة » .

هكذا يبين أن سكوت الدائن عن إبداء رأيه فى الحوالة ، بعد إعلانه بها ومضى الأجل المعقول المبين فى الإعلان ، يعتبر منه رفضاً للحوالة . وقد استثنى المشرع من هذا الحكم حالة خاصة ، فسر سكوت الدائن فيها على أنه يتضمن إقراره للحوالة . وقد تضمنت المادة ٣٢٢ حكم هذه الحالة بقولها :
« ١ — لا يستتبع بيع العقار المرهون رهناً رسمياً انتقال الدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشترى إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك . ٢ — فإذا اتفق البائع والمشترى على حوالة الدين ، وسجل عقد البيع ، تعين على الدائن متى أعلن رسميا بالحوالة أن يقرها أو يرفضها فى ميعاد لا يجاوز ستة أشهر ، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوته إقرارا » .
فإذا باع شخص عقارا يملكه ، وكان هذا العقار مرهونا فى دين عليه لدائنه ، واتفق مع المشترى على أن يحول إليه الدين المضمون بالرهن ، بمعنى أنه يتحمل به مكانه ، ثم سجل البيع ، وأعلن الدائن بعد ذلك رسمياً بالحوالة ، كان عليه أن يبدى فيها رأيه قبولا أو رفضاً ، خلال ستة أشهر من تاريخ وصول الإعلان إليه . فإن انقضى هذا الميعاد ، دون أن يبت فى الموضوع برأى ، اعتبر سكوته إقراراً للحوالة ، وليس رفضاً لها ، كما هو الشأن فى الحالات الأخرى .

وواضح مدى ما لإعلان الدائن بالحوالة ، فى الحالة التى نحن بصددها ،

من أثر جد خطير . ويلزم لإعمال هذا الأثر أن تتوافر الشروط الآتية :

١ — أن يكون الدين المحال به مضموناً برهن رسمي يثقل عقاراً معيناً . ويأخذ حكم الرهن الرسمي حق الاختصاص وحق الامتياز الخاص العقاري .

٢ — أن يباع العقار المحمل بالرهن وأن يسجل هذا البيع .

٣ — أن تحصل الحوالة بالدين لمشترى العقار .

٤ — أن يعلن الدائن بالحوالة بعد تسجيل البيع وأن يكون هذا الإعلان رسمياً ، أي بورقة على يد محضر .

٥ — أن تمضي ستة أشهر بعد الإعلان ، دون أن يرفض الدائن الحوالة .

إذا توافرت كل هذه الشروط ، اعتبر سكوت الدائن قبولا للحوالة ، وما ساغ له بعد ذلك أن يرفضها .

والغاية التي يستهدفها القانون من تفسير سكوت الدائن في حالتنا على أنه إقرار للحوالة هي رغبته في أن تتم حوالة الدين فيها من البائع للمشتري ، فتبرأ ذمة الأول منه ، وتتركز المسئولية عنه في الثاني . وبذلك تجتمع المسئولية الشخصية والعينية عن الدين في المشتري ، بعد أن كان من شأنها أن تكون عينية فحسب ، لو أن الدائن رفض الحوالة .

٢٤٣ — (ب) الحوالة التي تتم باتفاق الدائن والمحال عليه

رأينا أن حوالة الدين تتم ، في صورتها الأولى ، باتفاق يبرم بين المدين الأصلي والمدين الجديد المحال عليه ، على ألا تنفذ في حق الدائن إلا إذا أقرها . وهذه الصورة ليست هي الوحيدة . إذ أنه يسوغ أن تتم حوالة الدين في صورة أخرى . ومؤدى هذه الصورة الجديدة أن تقع الحوالة نتيجة الاتفاق عليها بين الدائن والمحال عليه ، دون حاجة إلى رضاء المدين ، بل برغم اعتراضه .

وفي ذلك تقضي المادة ١/٣٣١ بأنه : « ١ — يجوز أيضاً أن تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلي في التزامه » .

وهكذا يجوز أن تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن وبين المحال عليه دون حاجة إلى رضاء المدين، بل برغم اعتراضه. ويترتب على هذا الاتفاق حلول المدين الجديد مكان المدين الأصلي، الذي تبرأ ذمته في مواجهة الدائن

وليس في قيام حوالة الدين بمجرد الاتفاق عليها بين الدائن المحال عليه، بغير حاجة إلى رضاء المدين، بل برغم اعتراضه؛ ليس في ذلك أي غضاضة. إذ أن القاعدة العامة هي أنه يجوز لغير المدين أن يفي بالدين، حتى لو اعترض المدين على وفائه (المادة ٣٢٣). وإذا كان الأمر كذلك، ساغ للغير أن يتفق مع الدائن على أن يتحمل بالدين مكان المدين، حتى لو اعترض هذا الأخير على ذلك.

المبحث الثاني

آثار الحوالة

٢٤٤ — إذا قامت حوالة الدين، أنتجت آثارها. وتتركز هذه الآثار في أمرين: انتقال الدين من المدين الأصلي إلى المدين الجديد المحال عليه، والتزام المدين الأصلي بضمان يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة. ونتناول كلا من هذين الأمرين على التوالي:

٢٤٥ — **أولا: انتقال الدين من المدين الأصلي إلى المحال عليه:**

الأثر الرئيسي لحوالة الدين هو انتقاله من المدين الأصلي إلى المدين الجديد المحال عليه. فعبء الالتزام يزول عن الأول، وتبرأ ذمته منه ويتحول هذا العبء إلى المحال عليه.

ويلاحظ أن الدين ينتقل من المدين الأصلي إلى المحال عليه بذاته وبتوابعه وملحقاته وبصفاته وأوصافه. وهكذا يحق للدائن أن يطالب المحال عليه بنفس الشيء الذي كان يسوغ له أن يطالب به المدين الأصلي. ويحتفظ الدين، بعد انتقاله إلى المحال عليه، بصفاته وأوصافه التي كانت ترد عليه، حالة كونه يثقل كاهل المدين الأصلي. فإذا كان الدين مدنياً أو تجارياً، مقترناً

بأجل أم معلقا على شرط ، احتفظ بصفته أو وصفه فى مواجهة المحال عليه .

ويترتب على أن الحوالة تنقل الدين بذاته من المدين الأصلى إلى المحال عليه ، أن الدين يحتفظ بعد انتقاله بضماناته وتأميناته . ويسرى هذا الحكم بالنسبة إلى التأمينات المقدمة من المدين الأصلى ، كالرهن الرسمى أو الحيازى المقدم منه ، كما إنه يسرى أيضا بالنسبة إلى التأمينات التى تقررت ضده ، سواء أكان تقريرها راجعاً إلى إذن القضاء ، وهذه هى حالة حق الاختصاص ، أو كان تقريرها راجعا إلى نص فى القانون ، وهذه هى حالة حقوق الامتياز . وكان من شأن انتقال الدين بذاته إلى المحال له أن يحتفظ أيضاً بالتأمينات المقدمة من الغير ، وهذه هى حالة الكفالة شخصية كانت أم عينية . ولكن المشرع لاحظ أن الكفيل ، إذا تقدم لضمان الدين ، فإنه يفعل ذلك لثقته فى المدين . من أجل ذلك استثنى الكفالة من التأمينات التى تنتقل مع الدين بعد حوالته ، مقرراً أن تلك الكفالة لا تنتقل إلا برضاء الكفيل بأن يظل ضامناً للمحال عليه . هكذا نخلص إلى أنه يترتب على حوالة الدين احتفاظه بتأميناته ، فيما عدا الكفالة ، حيث لا تضمن الدين بعد حوالته إلا إذا رضى الكفيل بذلك [١] . وفى ذلك تقضى المادة ٣١٨ بأنه :

« ١ — تبقى للدين المحال به ضماناته . ومع ذلك لا يبقى الكفيل ، عينياً كان أم شخصياً ، ملتزماً قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة » .

ويترتب ، فى النهاية ، على أن الحوالة تنقل الدين بذاته من المدين الأصلى إلى المحال عليه أنه يسوغ لهذا الأخير ان يتمسك فى مواجهة الدائن بنفس الدفوع التى كان يجوز للمدين الأصلى أن يتمسك بها . ومثال هذه الدفوع ، الدفع ببطلان العقد الذى ولد الالتزام تأسيساً على نقص أهلية المدين أو على عيب شاب رضاءه أو على عدم مشروعية محل الالتزام أو سببه ، والدفع بعدم انقضاء الأجل المحدد للوفاء . وكما أنه يجوز للمحال عليه أن يتمسك فى

(١) وفى هذا تختلف حوالة الدين عن حوالة الحق . إذ أنه يترتب على هذه الحوالة الأخيرة احتفاظ الحق المحال به بجميع تأميناته ، ومن بينها الكفاله ، شخصية كانت أم عينية .

مواجهة الدائن بالدفوع التي كان يجوز للمدين الأصلي أن يتمسك بها ، فإنه يجوز له أيضا أن يتمسك بالدفوع الخاصة به والناشئة من عقد الحوالة ، كالدفع ببطلان الحوالة . وقد ركزت المادة ٣٢٠ الحكم السابق بشطرينه بقولها : « للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها . كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة » .

٢٤٦ — أثر عدم إقرار الدائن للحوالة [illegible]

رأينا فيما سبق أن الأثر الرئيسي لحوالة الدين هو انتقاله من المدين الأصلي إلى المحال عليه . على أن هذا الأثر لا يتم ، إلا إذا ارتضى الدائن الحوالة . فقد رأينا أن القاعدة عندنا هي أنه لا يسوغ أن يتغير على الدائن مدينه إلا برضائه .

ولا صعوبة في الأمر ، بالنسبة إلى الصورة الثانية من صورتي الحوالة ، أي تلك التي تتم فيها الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه . فهنا رضاء الدائن بالحوالة قائم . ومن ثم ينتقل الدين إلى المحال عليه ، وتبرأ ذمة ذلك المدين الأصلي فور الاتفاق .

أما في الصورة الأولى للحوالة ، وهي تلك التي تحصل فيها باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ، فيدق الأمر بعض الشيء . إذ أن الدائن بعيد في الأصل عن الاتفاق على الحوالة . ومن ثم لزم أن يقرها . فإذا حصل هذا الإقرار ، برئت ذمة المدين الأصلي من الدين ، وتحمل المحال عليه به مكانه . أما إذا لم يقر الدائن الحوالة أو رفضها ، ظل محتفظا بمدينه الأصلي ، وما اعتبر الدين منتقلا في مواجهته ، إلى المحال عليه .

وإذا كان من شأن عدم إقرار الدائن للحوالة أو رفضه إياها أن يجعل الدين ، بالنسبة إليه ، قائماً في ذمة المدين الأصلي ، الأمر الذي يخوله مطالبته به ، إلا أن الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه لا يكون مع ذلك خلواً من كل أثر . فهذا الاتفاق ينشأ التزاما على المحال عليه لصالح المدين

الأصلي بأن يقوم بالوفاء بالدين للدائن في الوقت المناسب ، ويدرأ بذلك عنه مطالبته به . وفي ذلك تقضي المـــادة ٣١٧ بأنه : « ١ — ما دام الدائن لم يحدد موقفه من الحوالة إقراراً أو رفضا ، كان المحال عليه ملزما قبل المدين الأصلي بالوفاء للدائن في الوقت المناسب ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك . ويسري هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة . ٢ — على أنه لا يجوز للمدين الأصلي أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ، ما دام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة » .

٢٤٧ — ثانياً التزام المدين بضمان يسار المحال عليه م ٣١٩

رغبته في حث الدائن على إقرار حوالة الدين التي تبرم باتفاق المدين والمحال عليه ، قرر المشرع التزاماً على المدين بأن يضمن يسار المحال عليه وقت حصول هذا الإقرار . وفي ذلك تقضي المادة ٣١٩ بأنه : « يضمن المدين الأصلي أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

فالمدين يلتزم بضمان يسار المحال عليه عند إقرار الدائن للحوالة ، إلا إذا اتفق على غير ذلك تخفيفاً أو تشديداً . على أن هذا الالتزام لا يكون إلا في الحالة التي تحصل فيها الحوالة باتفاق المدين الأصلي والمحال عليه ، ثم يقرها الدائن . أما في الحالة التي تقع فيها الحوالة نتيجة الاتفاق بين الدائن وبين المحال عليه ، فلا يتحمل المدين الأصلي بالضمان . والعلة في اختلاف الحكم بين صورتي الحوالة ظاهرة .

وإذا تحقق الضمان على المدين الأصلي ، بأن كان المحال عليه معسراً وقت إقرار الدائن للحوالة ، أو في أي تاريخ آخر ، يقضي به الاتفاق ، كان عليه أن يعوض الدائن عما يلحقه من ضرر من جراء ذلك الإعسار . ويحصل ذلك بقيامه بدفع الدين للدائن أو بما يعجز عن استيفائه منه من المحال عليه . وهكذا يقترب مركز المدين الأصلي هنا من مركز الكفيل .

الباب الرابع

انقضاء الالتزام

٢٤٨ — السمة الأساسية فى الالتزام هى التوقيت وعدم الدوام[1] . فهو لا بد من أن ينقضى يوما . والسبب فى ذلك أن الالتزام عبء يثقل كاهل المدين ؛ ومن ثم وجب ألا يلازمه إلى الأبد ، وإلا كان نوعا من العبودية ، والاسترقاق . بل إن انقضاء الالتزام ، فى صورته العادية ، ونعنى بها الوفاء ، هو الغاية من نشأته . فالالتزام ينشأ مستهدفا الوفاء به ، لما فى هذا الوفاء من إشباع لمصلحة مادية أو أدبية للدائن .

وأسباب انقضاء الالتزام عديدة متنوعة . وأحدها يعتبر السبب العادى والطبيعى لانقضاء الالتزام ، وهو الذى تنقضى به فعلا أغلب الالتزامات فى العمل ؛ وهذا هو الوفاء .

والوفاء ، وإن كان هو السبب الطبيعى الغالب لانقضاء الالتزام ، إلا أنه ليس السبب الوحيد . فهناك أسباب أخرى تؤدى بدورها إلى تلك الغاية . وترتد هذه الأسباب الأخرى إلى قسمين :

(١) ففى أولها ، نجد الالتزام ينقضى بعد أن ينال الدائن غنم معين ، سواء أكان هذا الغنم نتيجة أخذ الدائن مالا مقابل موضوع الالتزام الذى كان يحق له ، وهذه هى حالة الوفاء بمقابل والتجديد ، أو كان ذاك الغنم نتيجة براءة ذمة الدائن من دين يثقل كاهله ، وهذه هى حالة المقاصة واتحاد الذمة .

---

(١) وهذا بخلاف الحقوق العينية إذأن الأصل فيها هو الدوام والتأبيد ؛ وإن ورد على هذا الأصل . الاستثناء بالنسبة إلى بعض الحقوق العينية ، وهى حق الانتفاع والحكر ، من ناحية والحقوق العينية التبعية ،وهى الرهن بنوعيه وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ،من ناحية أخرى

ويطلق على الأسباب التى تدخل فى هذا النوع « الأسباب التى تعادل الوفاء » . لأنها تؤدى إلى نفع الدائن بما يعادل الوفاء .

(٢) وفى النوع الثانى ، ينقضى الالتزام من غير أن تعود منه منفعة للدائن ؛ وهذه هى حالة الإبراء واستحالة التنفيذ والتقادم . ويطلق على هذه الأسباب « أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به » .

وهكذا نخلص إلى أن الالتزام إما أن ينقضى بالوفاء ، وإما أن ينقضى بأحد الأسباب التى تعادل الوفاء ، وإما أن ينقضى بغير وفاء . ونتناول هذه الحالات الثلاثة على التعاقب ، كلا فى فصل مستقل .

الفصل الأول

الوفاء

٢٤٩ — الوفاء هو السبب الطبيعي العادي لانقضاء الالتزام . وهو السبب الذي تنقضي به فعلا الأغلبية الكبرى من الالتزامات . بل إن الوفاء ، كما قدمنا ، هو الغاية التي يستهدفها الالتزام منذ نشأته . إذ أن الالتزام ينشأ بغية الوفاء به ، لما في هذا الوفاء من توفير مصلحة للدائن ، سواء أكانت هذه المصلحة مادية أم أدبية .

والوفاء هو أداء نفس موضوع الالتزام ، أو هو تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً . فالوفاء بالالتزام بتسليم سيارة ، مثلا ، يتم بتسليمها ؛ والوفاء بالالتزام برسم صورة ، يتم برسمها ؛ والوفاء بالامتناع عن المنافسة يتم بعد القيام بما يؤدي إليها ؛ والوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود يتم بإعطاء هذا المبلغ للدائن .

والتكييف القانوني للوفاء يختلف باختلاف الأحوال . فالوفاء في بعض الأحيان يكون مجرد واقعة مادية ، إيجابية كانت هذه الواقعة أم سلبية . وهذا هو الشأن في الوفاء بالالتزام بتشييد منزل ، والوفاء بالالتزام برسم صورة ، والوفاء بالالتزام بإلقاء محاضرة ، والوفاء بالالتزام بالامتناع عن عمل معين . وفي بعض الأحيان الأخرى ، ينطوي الوفاء على تصرف قانوني ، إلى جانب الواقعة المادية ، وهذا هو الشأن على الأخص في الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود ، وبالالتزام بالإعطاء عموما . فالوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود ، مثلا ، ينطوي ، إلى جانب الواقعة المادية التي تقوم على تسليم مبلغ النقود من المدين للدائن ، على تصرف قانوني يبرم بين هذين الشخصين ، قوامه تراضيهما على إتمام هذا الوفاء قضاء للالتزام . وحينما يتضمن الوفاء تصرفاً

قانونياً ، يلزم لقيامه صحيحاً ، توافر أركان التصرفات عموما ، وهي الرضاء والمحل والسبب . والرضاء في الوفاء يقوم على تبادل الإيجاب والقبول بين الموفي والموفى له . أما محل الوفاء ، فهو ذات الشيء الذي يؤدي للدائن . أما سبب الوفاء ، فهو قضاء الالتزام وبراءة ذمة المدين منه .

ونحن في دراستنا للوفاء ، لا نتناول بصفة أساسية إلا القواعد الخاصة به . وفي هذا المجال ، نتكلم في طرفي الوفاء ، ثم في موضوعه أو محله ، وفي زمانه ومكانه ، وبعد ذلك في كيفية حصوله ، وأخيراً في آثاره .

المبحث الأول

طرفا الوفاء

٢٥٠ — طرفا الوفاء هما بالضرورة الموفي solvens والموفى له accepiens . وتهمنا هنا معرفة الأشخاص الذين يسوغ لهم الوفاء بالدين ، والأشخاص الذين يصح أن يحصل هذا الوفاء لهم . وهذا ما سنتناوله فيما يلي :

٢٥١ — الأشخاص الذين يسوغ حصول الوفاء منهم

يصح الوفاء بداهة من المدين . بل إن الأصل هو أن الوفاء يقع منـه . فهو من ناحية ، صاحب المصلحة الأول في حصوله ، إذ أن من شأنه براءة ذمته من الدين . وهو من ناحيـة أخرى ، مجبر على الوفاء ، إن لم يقم به طوعاً واختياراً .

وإذا صح الوفاء من المدين ، صح أيضاً ، كقاعدة عامة ، من نائبـه ، سواء أكانت النيابة اتفاقية ، وهذه هي حالة الوكيل ، أم قانونية ، كما هي الحال بالنسبة إلى الولي والوصي والقيم .

وإذا كان الوفاء يقع في الأصل من المدين أو من نائبه ، إلا أنه يسوغ أيضاً أن يقع من الغير الذين تكون لهم مصلحة قانونية في انقضاء الالتزام .

ومثال هؤلاء الكفيل وحائز العقار المرهون ضماناً للدين . فمن يكفل الدين ، يهمه انقضاؤه بالضرورة ، حتى تبرأ ذمته من الكفالة . وكذلك الشأن بالنسبة إلى حائز العقار المرهون ضماناً للدين ؛ فهو وإن لم يكن ملتزما بالوفاء بهذا الدين ، إلا أن عقاره يثقل بالرهن الضامن له ، وله مصلحة قانونية ظاهرة فى تحرير عقاره من هذا الرهن .

بل إن الوفاء يصح أن يقع من الغير . حتى لو لم تكن لهم أية مصلحة قانونية فيه . ويحصل ذلك عادة ممن تكون له مصلحة أدبية فى الوفاء بالدين . ومثال ذلك أن يدفع الأب دين إبنه أو الأخ دين أخيه أو الصديق دين صديقه ، حتى يدرأ عنه مطالبة الدائن به وإجراء التنفيذ على ماله اقتضاء له . ولكن حتى المصلحة الأدبية ليست لازمة ؛ فيسوغ أن يقع الوفاء من شخص ليست له أية مصلحة فيه ، وإن كان ذلك يحصل نادراً فى العمل .

هكذا يظهر أن الوفاء ، وإن حصل فى الأصل من المدين أو من نائبه ، إلا أنه يجوز أيضا أن يقع من الغير ، حتى لو لم تكن لهم مصلحة قانونية فيه . والوفاء الواقع من الغير يسوغ ، بحسب الأصل ، حتى إذا تم بغير علم المدين ، أو حتى إذا تم برغم اعتراضه .

ولا يجوز للدائن بالضرورة أن يرفض الوفاء المعروض من المدين نفسه ، مادام مستحوزاً على الشروط القانونية . والقاعدة كذلك أنه لا يجوز للدائن أن يرفض الوفاء المعروض من الغير . إلا أن هذه القاعدة الأخيرة لا تسرى على إطلاقها . فيرد عليها الاستثناءان الآتيان :

أولا : «فى الالتزام بعمل ، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين (المادة ٢٠٨) » . ففى الالتزام بعمل ، إذا اتفق الدائن والمدين على أن يقع الوفاء من هذا الأخير نفسه ، أو إذا كانت طبيعة الالتزام تستلزم هذا الأمر ، حق للدائن أن يرفض الوفاء الحاصل من الغير ، حتى لو كان هذا الغير

نائبا عن المدين فى الوفاء . ومثال هذه الحالة أن يتفق شخص مع محام كبير على أن يدافع عنه فى قضية معينة ، أو مع طبيب عظيم على أن يتولى علاجه ، أو مع رسام مشهور على أن يرسم له صورة ؛ فهنا يتحتم على المحامى أو الطبيب أو الرسام أن يوفى بالالتزام بنفسه ؛ ويجوز للدائن أن يرفض الوفاء المعروض من أى شخص من الغير ، حتى لو كان المدين قد أنابه فى أداء الالتزام عنه .

ثانيا : يجوز للدائن أن يرفض الوفاء المعروض من الغير ممن لا تكون لهم مصلحة قانونية فى إجرائه ، بشرط أن يكون المدين قد اعترض على وقوع الوفاء منه ، وأبلغ الدائن هذا الاعتراض . ويلزم هنا ، لتخويل الدائن الحق فى رفض الوفاء ، توافر الشرطين الآتيين :

(١) أن يقع الوفاء من شخص ليست له مصلحة قانونية فى الوفاء بالدين . فإن كان للموفى مصلحة قانونية فى الوفاء ، ماساغ للدائن أن يرفض وقوعه منه .

(٢) أن يعترض المدين على الوفاء الحاصل من الغير ويبلغ الدائن اعتراضه هذا فبغير اعتراض المدين ، لا يجوز للدائن أن يرفض الوفاء الحاصل من الغير .

هاتان هما الحالتان اللتان يجوز فيهما للدائن أن يرفض الوفاء الحاصل من غير المدين . ويلاحظ أن الدائن فى هاتين الحالتين ليس مجبراً على رفض الوفاء ، فالأمر لا يعدو الترخيص له فى الرفض أو القبول حسب ما يتراءى له .

يخلص من كل ما سبق أن الوفاء بالدين يسوغ أن يقع من المدين أو من نائبه ، كما يسوغ أن يقع من أى شخص من الغير ، سواء أ كانت له مصلحة قانونية فى حصوله أم لا ، وحتى لو تم الوفاء من الغير بدون علم المدين أو برغم اعتراضه . وليس للدائن أن يرفض الوفاء الحاصل من غير المدين إلا فى الحالتين الآتيتين : (١) إذا اتفق على أن يقوم المدين بالوفاء بنفسه أو كانت طبيعة الالتزام تقتضى هذا الأمر . (٢) إذا حصل الوفاء من شخص من الغير ، دون أن تكون له مصلحة قانونية فى إجرائه ، وكان المدين قد اعترض عليه

وأبلغ الدائن هذا الاعتراض . وقد ركز المشرع كل هذه الأحكام فى المادة ٣٢٣ التى تقضى بأنه : «١ — يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة فى الوفاء ، وذلك مع مراعاة ماجاء بالمادة ٢٠٨ . ٢ — ويصح الوفاء أيضا مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة فى هذا الوفاء ، ولو كان هذا دون علم المدين أو رغم إرادته ، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض » .

٢٥٢ — شروط الوفاء المتعلقة بالموفى سواء [illegible]

سواء أ كان الموفى هو المدين أم غيره ، يلزم لصحة الوفاء الحاصل منه أن يكون مالكا للشيء الذى يوفى به ، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه (المادة ١/٣٢٥) . وهذا الحكم بشطريه لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق للقواعد العامة .

فإذا حصل الوفاء بشيء لا يملكه الموفى ، ما استطاع هذا الأخير أن يملك الدائن الشيء الذى يعطيه إياه . لأن فاقد الشيء لا يعطيه . وبالتالى يسوغ للدائن أن يعتبر الوفاء غير قائم ، ويطالب المدين بدينه .

ويلزم لصحة الوفاء ، إلى جانب ملكية الموفى للشيء الذى يوفى به ، أن يكون الموفى أهلا للتصرف بعوض فى هذ الشيء . فإن لم تتوافر فيه تلك الأهلية ، حق له أن يطلب إبطال الوفاء ، الأمر الذى يخوله استرداد الشيء الذى وفى به ولا جدال أن هذا الحق يثبت له إذا كانت له مصلحة فى استرداد الشيء الموفى به ، كما إذا كان قد وفى الدين قبل حلول أجله وأراد أن ينتفع بفسحة الأجل ، وكما إذا أراد أن يفى بشيء آخر مما يرد التخيير عليه فى التزام تخييرى ثبت له الخيار فيه[1] . أما إذا لم تكن للموفى مصلحة فى زوال الوفاء ،

(١) راجع مذكرة المشروع التمهيدى عن المادة ٤٦٠ منه التى أصبحت المادة ٣٢٥ من القانون ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٧٥ .

فإن حقه فى إبطاله لا يقوم ، برغم نقص الأهلية ، استناداً إلى مبدأ لا دعوى بلا مصلحة . وقد قررت المادة ٣٢٥ هذا الحكم ، فبعد أن جاءت ، فى فقرتها الأولى ، تستلزم لصحة الوفاء توافر أهلية التصرف فى الموفى ، قضت فى فقرتها الثانية بأنه : « ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلا للتصرف فيه ينقضى به الالتزام ، إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى » .

٢٥٣ — الأشخاص الذين يصح الوفاء لهم

تناولنا فيما سبق الأشخاص الذين يصح الوفاء منهم . ونتكلم هنا فى الأشخاص الذين يحق الوفاء لهم وفاء صحيحا مبرئا لذمة المدين .

والأصل أن الوفاء لا يصح إلا إذا وقع للدائن[1] أو لمن ينوب عنه فى استيفائه . فالدائن هو صاحب الحق ، ومن ثم وجب أن يحصل الوفاء به له ، أو لمن ينوب عنه فيه . وفى ذلك تقضى المادة ٣٣٢ بأنه : « يكون الوفاء للدائن أو لنائبه . ويعتبر ذا صفه فى استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً » .

فللمدين أن يوفى الدين للدائن ، كما يجوز له أن يوفيه لنائبه ، مادامت نيابته عنه قائمة لم تنقض وقت الوفاء . وسواء فى ذلك أن تكون النيابة عن الدائن اتفاقية ، وهذه هى حالة الوكالة ، أو قانونية ، كما هى الحال بالنسبة إلى الولى والوصى والقيم . وقد اعتبر القانون الشخص الذى يقدم للمدين مخالصة بالدين صادرة من الدائن وكيلا عنه فى قبضه[2] ، وجعله بالتالى ذا صفة فى استيفائه ،

---

(١) والمقصود بالدائن بالضرورة هو الشخص الذى يكون الحق ثابتاً له عند الوفاء . فصفة الدائن قد تنتقل من الدائن الأصل إلى غيره ، كما هى الحال فى الميراث وفى حوالة الحق . والوفاء يصح للدائن الذى تكون له هذه الصفة عند إجرائه . فهو لا يصح إذا وقع لمن كان دائنا بالحق ، ثم انتقلت عنه هذه الصفة إلى غيره ، كما هو الشأن فى حوالة الحق .

(٢) ومثال هذه الحالة البواب الذى يتقدم للمستأجرين بإيصالات الأجرة الصادرة من المؤجر .

مالم يكن متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً[1] .

وغنى عن البيان ، أن الوفاء ، كقاعدة عامة ، لا يصح ولا يبرىء ذمة المدين ، إلا إذا كان الدائن الذى تلقاه أهلا لاستيفاء الدين . فالوفاء ، كما سبق أن بينا ، تصرف قانونى يبرم بين الموفى والموفى له ، ومن ثم لزم أن يكون هذا وذاك أهلا لإجرائه . فإن كان الدائن ناقص الأهلية ، وجب أن يحصل الوفاء لنائبه وليس له . فإن وقع الوفاء له شخصيا ، ساغ له أن يطلب إبطاله ، مالم يكن قد أجازه بعد زوال نقص الأهلية عنه . على أن حق الدائن فى إبطال الوفاء لا يثبت له ، إلا فى حدود الضرر الذى ناله ، تطبيقاً لمبدأ « لا دعوى بلا مصلحة » . فإذا أثبت الموفى ، أو المدين إن كان غير الموفى ، أن الدائن قد استفاد من الوفاء استفادة يعتد بها القانون ، كما إذا كان قد أنفق ما قبضه فى حاجياته الضرورية وبدون طيش أو نزق ، أو استثمره استثماراً صالحاً ، فى هذه الحالة ، يصح الوفاء ، برغم نقص أهلية الدائن الذى تلقاه ، وتبرأ ذمة المدين ، وذلك فى حدود ما عاد على الدائن من نفع[2] .

ويظهر مما سبق أن الوفاء لا يصح ولا يبرىء ذمة المدين ، إلا إذا حصل للدائن أو لنائبه . هذه هى القاعدة العامة . وهذه القاعدة العامة ليست مطلقة . فترد عليها استثناءات ثلاثة يصح فيها الوفاء ويكون مبرئا لذمة المدين ،

---

(١) ولذا اتفق على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً ، كان المدين أن يرفض الوفاء لمن يتقدم له بمخالصة صادرة من الدائن . ولكنه ليس مجبراً على ذلك . فالأمر لا يعدو منح الرخصة للمدين فى أن يفى بالدين لمن يتقدم له بالمخالصة أو ألا يفى له به . أما الدائن ، فلا يقبل منه الاحتجاج بالاتفاق الذى استلزم وقوع الوفاء له شخصياً ، مادام هو قد أعطى لرسوله المخالصة بالدين ، ليتوجه بها إلى المدين . لأن هذا الأمر يعتبر منه نزولا عن حقه فى التمسك بالاتفاق الذى يستلزم الوفاء له شخصياً .

(٢) وقد تضمنت المادة ٤٦٨ من مشروع القانون هذا الحكم بقولها : « إذا كان الدائن غير أهل لاستيفاء الدين ، فلا يصح الوفاء له ، إلا إذا أجاز هذا الوفاء بعد أن يصبح أهلا لاستيفاء الدين . على أنه إذا أصابت الدائن منفعة من الوفاء ، كان هذا الوفاء صحيحاً بقدر هذه المنفعة » . وقد حذف هذا النص ، اعتباراً بأنه يتضمن حكماً تفصيلا يكفى فيه تطبيق القواعد العامة . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٩٢ فى الهامش .

برغم أنه يحصل لشخص من الغير . وقد تضمنت المادة ٣٣٣ هذه الاستثناءات بقولها : « إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه ، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه ، وبقدر هذه المنفعة ، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين فى حيازته » .

فإن كان الأصل أن الوفاء لا يصح ولا يبرىء ذمة المدين ، إلا إذا وقع للدائن أو لنائبه ، إلا أنه يجوز وينتج أثره ، إذا وقع للغير ، فى الحالات الثلاث الآتية :

١ — إذا أقر الدائن الوفاء الحاصل للغير . وليس فى ذلك أية صعوبة . فإقرار الدائن اللاحق للوفاء الحاصل للغير ، كرضائه السابق به .

٢ — إذا عادت على الدائن منفعة من الوفاء الحاصل للغير ، وبقدر هذه المنفعة . إذ هنا لا تكون للدائن مصلحة فى التمسك بعدم سريان الوفاء فى حقه . ولا دعوى بلا مصلحة . ومثال هذه الحالة ، أن يدفع المدين الدين لأحد من الغير ، ثم يقوم هذا الأخير بدفعه للدائن . ومثال هذه الحالة أيضاً ، أن يدفع المدين الدين لمن يكون دائناً لدائنه خصما من مطلوبه عليه .

٣ — إذا دفع المدين بحسن نية الدين للدائن الظاهر ، أو للشخص الذى يكون الدين فى حيازته ، وفقا للتعبير المادة ٣٣٣ . وليس المقصود من تعبير « الشخص الذى يكون الدين فى حيازته » الشخص الذى يكون بيده سند الدين . فمجرد وجود هذا السند فى يد شخص معين لا يبيح للمدين إجراء الوفاء له . ولكن المقصود هو الشخص الذى يظهر أمام سواد الناس وجمهرتهم أنه الدائن ، خلافا للحقيقة . وما هذا إلا مجرد تطبيق لقاعدة عامة مؤداها أن المظهر الخادع يحمى المخدوع ، أو أن الخطأ الشائع يولد الحق . ومثال الحالة التى نحن بصددها ، أن يموت الدائن ، حالة كون الناس يعتقدون أنه مات بدون عقب ، فيظهر أخوه على أنه وارثه ، ويشارك المدين جمهرة الناس اعتقادهم هذا ، فيدفع الدين للوارث الظاهر ، ثم يتبين كذب هذا المظهر ،

وأن الدائن قد أنجب ولداً يحجب عمه عنه الميراث . فى هذه الحالة ، يعتبر الوفاء حاصلا لشخص لم يكن دائناً . ومع ذلك يصح هذا الوفاء ويبرىء ذمة المدين . بشرط أن يكون هذا حسن النية ، أى معتقداً مع غيره من جمهرة الناس أنه وفى الدين لصاحبه ، على أن يكون اعتقاده هذا غير ناتج عن خطأ جسيم منه ، بمعنى ألا يكون فى إمكانه أن يكشف الخطأ ويتبين وجه الحقيقة لو أنه بذل الجهد المعقول الذى تقتضيه الظروف والذى يشترط هنا لصحة الوفاء ، إلى جانب ظهور الموفى له بمظهر الدائن ، حسن نية الموفى . أما حسن نية الموفى له ، فليس بلازم .

المبحث الثانى

محل الوفاء

٢٥٤ — تكلمنا فيما سبق فى طرفى الوفاء ، فحددنا الشخص الذى يصح له أن يفى بالدين والشخص الذى يسوغ له اقتضاؤه . ونتناول هنا محل الوفاء أو موضوعه . ونعنى بهـذا الأمر الشىء الذى يتحتم على المدين أداؤه وعلى الدائن اقتضاؤه .

والقاعدة العـامة أن محل الوفاء أو موضوعه ، بمعنى الشىء الذى يتحتم على المدين أداؤه وعلى الدائن اقتضاؤه ، هو الشىء المستحق ، أو هو محل الالتزام . ويتفرع عن هذه القاعدة قاعدتان فرعيتان . فالوفاء يرد على ذات الشىء المستحق ، وليس على شىء غيره ؛ وهو يرد على كل الشىء المستحق ، وليس على بعضه فحسب . ونتناول هاتين القاعدتين الفرعيتين بشىء من البيان ؛ وذلك فيما يلى :

٢٥٥ — الوفاء بنفس الشىء المستحق

محل الوفاء هو ذات الشىء المستحق ، وليس شيئاً آخر غيره . وفى ذلك تقضى المادة ٣٤١ بأنه : « الشىء المستحق أصلا هو الذى يكون به الوفاء ،

فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ، ولو كان هذا الشيء مساوياً فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى . فالمدين لا يلتزم إلا بالوفاء بذات الشيء المستحق ، أى بذات الشيء الذى يرد عليه الالتزام . فهو لا يجبر على الوفاء بشيء آخر يرتضيه الدائن ، حتى لو كان أقل قيمة . وكذلك لا يجبر الدائن على قبول الوفاء بشيء آخر غير المستحق له يعرضه المدين عليه ، حتى لو كان أكثر قيمة ، ما لم يكن ظاهر التعنت بطبيعة الحال . وإذا حق لكل من المدين والدائن أن يرفض الوفاء بغير الشيء المستحق ، إلا أن لهما بطبيعة الحال أن يتفقا على حصول الوفاء بأى شيء آخر يرتضيانه . على أننا فى هذه الحالة ، لا نكون بصدد الوفاء العادى الذى نعرض الآن أحكامه ، وإنما بصدد سبب آخر لانقضاء الالتزام ، هو الوفاء بمقابل .

وتطبيقاً لقاعدة حصول الوفاء بذات الشيء المستحق ، إذا كان موضوع الالتزام هو إعطاء شيء معين بذاته ، أرض محددة أو منزل معلوم ، مثلا ، ما ساغ ، بغير رضاء الدائن والمدين كليهما ، أن يقع الوفاء بشيء آخر أو بنقود . وإذا كان موضوع الالتزام هو دفع مبلغ محدد من النقود ، ما ساغ ، بغير رضاء الدائن والمدين ، أن يقع الوفاء بشيء آخر[1] كعرض من العروض ، حصان أو سيارة مثلا ؛ بل إنه يجوز للدائن هنا أن يرفض حصول الوفاء بشيك يسحب على بنك معين[2] .

٢٥٦ — الوفاء بكل الشيء المستحق

محل الوفاء هو كل الشيء المستحق ، وليس بعضه فحسب . ويسرى هذا الحكم ، كقاعدة عامة ، بالنسبة إلى الدائن والمدين على السواء .

فالأصل أن الدائن لا يجبر على قبول الوفاء بجزء من حقه . فإذا عرض

---

(١) ويصح الوفاء بإعطاء الدائن عدد النقود الذى يتضمنه الالتزام ، دون اعتبار لانخفاض قيمة النقد أو زيادتها عما كان عليه الحال عند نشأة الالتزام (المادة ١٣٤) .

(٢) وإذ قبل الدائن الشيك ، فلا يعتبر مستوفياً الدين إلا إذا قبض قيمته .

المدين على دائنه أن يفي له بجزء من الدين ، مهما كانت نسبة هذا الجزء إلى الكل كبيرة ، حق للدائن أن يرفض هذا الوفاء الجزئي ، وإن كان له أن يقبله . وفي هذا تقضي المادة ١/٣٤٢ بأنه : «١ — لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه . ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك».

وهكذا فالقاعدة العامة هي أن الدائن لا يجبر على قبول الوفاء بحقه ، إلا إذا ورد على موضوع هذا الحق كله ، فهو لا يرغم على قبول الوفاء بجزء منه . مع ملاحظة أن موضوع الحق لا يشمل أصله فحسب ، بل يشمل أيضاً ملحقاته ، كالمصروفات والفوائد .

وقاعدة عدم إرغام الدائن على قبول الوفاء الجزئي ليست مطلقة ، ويرد عليها الاستثناءان الآتيان :

١ — إذا وجد اتفاق على إمكان تجزئة الوفاء ، كان الدائن مجبراً على احترامه . فالاتفاق سيد في مجالنا ، لعدم اتصال قاعدتنا بالنظام العام .

٢ — إذا نص القانون في حالة معينة على تجزئة الوفاء ، تعين بالضرورة الأخذ بحكمه . ومثال ذلك ما تقضي به المادة ٣٤٦ / ٢ من الترخيص للقاضي بتقسيط الدين على المدين ومنحه آجالا للوفاء بها إذا اكتنفته ظروف استثنائية تبرر الرأفة به ، دون أن يلحق الدائن من جراء ذلك ضرر جسيم .

وإذا كان الدائن لا يجبر ، بحسب الأصل ، على قبول الوفاء الجزئي ، فالمدين بدوره لا يرغم ، كقاعدة عامة ، على أن يفي الدائن بجزء من الدين فله أن يصر على الوفاء الكامل بدينه ، وأن يرفض الوفاء الجزئي ، حتى لو طلبه الدائن منه . وقد تكون له في ذلك مصلحة ، كما إذا كان يبغي الخلاص من دينه دفعة واحدة .

ويرد على ذلك قاعدة عدم الإرغام على قبول الوفاء الجزئي في سريانها على المدين ، نفس الاستثناءين اللذين يردان عليها في سريانها على الدائن ؛

وهما حالتا الاتفاق ونص القانون . وإلى جانبهما ، يوجد استثناء ثالث ؛ نصت عليه المادة ٢/٣٤٢ بقولها : « ٢ — فإذا كان الدين متنازعاً فى جزء منه ، وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به ، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء » . فإن ادعى الدائن ، مثلا ، أن له على المدين مائة جنيه ، واعترف المدين بأن عليه خمسين جنيها ونازع فى الباقى ، وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به ، وجب على المدين أن يوفى له به ، وامتنع عليه أن يرجىء الوفاء به إلى حين حسم النزاع فى الجزء الباقى .

خلاصة كل ما سبق أن القاعدة العامة هى وجوب الوفاء بكل الحق ، بما يشمله من توابع وملحقات ، لاسيما المصروفات والفوائد . وأنه لايسوغ إجبار الدائن أو المدين على الوفاء الجزئى .

وغنى عن البيان أن نطاق هذه القاعدة يتحدد بالحق الواحد . أما إذا تعددت الحقوق بين الدائن والمدين ، كما إذا كان للأول على الثانى حق ناشىء من قرض ، وآخر ناشىء من بيع باعتباره ثمناً ، وثالث ناشىء باعتباره تعويضا عن فعل خاطىء ؛ فى هذه الحالة يسوغ ، للدائن أن يجبر المدين على أن يفى له بكل دين على حدة ، كما يسوغ للمدين أن يجبر دائنه على استيفائه .

٢٥٧ — كيفية خصم المدفوع عند تعدد الديون أو عناصرها

لو أن الدائن لا يجبر ، بحسب الأصل ، على قبول الوفاء الجزئى ، إلا أنه كثيراً ما يقبله ، تمشيا مع مبدأ ما لا يدرك كله لا يترك كله . وإذا استوفى الدائن جزءاً مما يستحق له على المدين ، ثارت مسألة كيفية خصم هذا الجزء من الدين عندما تتعدد عناصره . وكذلك تثور هذه المسألة ، عندما تتعدد الديون التى للدائن على المدين ، ويكون ما استأداه لا يفى بهذه الديون كلها .

فإذا تعددت عناصر الدين الواحد ، كما إذا شمل ، إلى جانب أصله ،

مصروفاته وفوائده ، وكان المدفوع لا يفى بكل هذه العناصر جميعاً ، وجب أن نحدد كيفية إجراء الخصم . وهذه المسألة لا تخلو من الأهمية . فالحكم قد يختلف بالنسبة إلى عناصر الدين الواحد . فقد تكون المصروفات مضمونة بامتياز المصروفات القضائية . ثم إن الفوائد تتقادم بخمس سنوات (المادة ١/٣٧٥) ، فى حين أن أصل الدين يتقادم بانقضاء خمس عشرة سنة ، كقاعدة عامة .

وإجراء خصم المدفوعات يخضع فى أساسه للاتفاق عليه بين الدائن والمدين ؛ لأن الاتفاق سيد فى هذا المجال ، لعدم اصطدامه بالنظام العام . فإن اتفق على أن المدفوع يخصم ، مثلا ، من أصل الدين دون المصروفات والفوائد ، أخذ بما اتفق عليه . فإن لم يقع الاتفاق بين الدائن والمدين على كيفية إجراء الخصم ، تعين إعمال الحكم المنصوص عليه فى القانون . ومؤدى هذا الحكم أن يخصم المدفوع أولا من المصروفات ، فإن تبقى منه بعد المصروفات شيء ، خصم من الفوائد ؛ فإن تبقى بعد ذلك شيء ، خصم من أصل الدين (المادة ٣٤٣) .

وإذا تعددت الديون فى ذمة المدين ، وكانت لدائن واحد ، ومن جنس واحد ، كما إذا وردت كلها على مبالغ من النقود ، وكان ما أداه المدين لا يفى بهذه الديون جميعا . خصم المدفوع من الدين الذى يتفق عليه بين الدائن والمدين .

فإن لم يقع هذا الاتفاق ، خصم المدفوع من الدين الذى يعينه المدين ، ما لم يوجد مانع قانونى أو اتفاقى يحول دون هذا التعيين (المادة ٣٤٤) . ومثال المانع القانونى الذى يحول دون الأخذ بتعيين المدين ، أن يكون للدين الذى عينه أجل لم يحل بعد مضروب لمصلحة الدائن[1] ، أو كان الموفى به لا يبلغ كل مطلوب الدائن بالنسبة إلى الدين الذى عينه المدين ؛ حيث إن الدائن لا يجبر ، كما بينا ، على قبول الوفاء بجزء من حقه . أما المانع الاتفاقى ، فيتوافر

(١) أما إذا كان الأجل مضروبا لمصلحة المدين وحده ، وقع تعيين هذا الأخير للدين المقترن به سائغا ، لاعتبار المدين هنا متنازلا عن الأجل .

فى حالة وجود اتفاق بين الدائن والمدين على اقتطاع المدفوع من دين آخر غير ذاك الذى عينه المدين .

فإن لم يكن ثمة اتفاق على كيفية إجراء خصم المدفوع ، ولم يعين المدين الدينَّ الذى يجرى الخصم منه ، أو بطل تعيينه لاصدامه بمانع قانونى أو اتفاقى ، « كان الخصم من حساب الدين الذى حل ، فإذا تعددت الديون الحالة فمن أشدها كلفة على المدين ؛ فإن تساوت الديون فى الكلفة فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن (المادة ٣٤٥) » . وهكذا نبدأ فى حالتنا بالدين الذى حل أجل الوفاء به . فإن تعددت الديون الحالة ، أجرى الخصم من الدين الذى يبهظ المدين أكثر من غيره . أى الدين الأشد كلفة عليه . فالديون لا تتساوى فى ثقلها على المدين . فأشدها كلفة عليه هو الدين الذى يسوغ الإكراه البدنى بشأنه ، كدين النفقة . والدين الذى يغل فائدة أشد كلفة من ذاك الذى لا يغلها أو يغلها بسعر أقل . والدين الثابت بحكم أو بسند رسمى أشد كلفة من ذاك الثابت بورقة عرفية فحسب . والدين الذى يتقادم بعد مدة معينة أشد كلفة من ذاك الذى يتقادم بعد مدة أطول . والدين المضمون بكفيل أو برهن أثقل من الدين المجرد من التأمينات الخاصة . فإن تساوت الديون فى الكلفة ، أجرى الخصم من ذاك الذى يعينه الدائن .

المبحث الثالث

زمان الوفاء ومكانه

٢٥٨ — حددنا فيما سبق الأشخاص الذين يصح الوفاء منهم والشخص الذى يجب الوفاء له والشىء الذى يجب الوفاء به . ونتناول الآن تحديد الوقت والمكان اللذين يجب حصول الوفاء فيهما .

٢٥٩ — زمان الوفاء

القاعدة العامة هى أنه يجب الوفاء بالالتزام فور نشوئه فى ذمة المدين . وفى ذلك تقضى المادة ١/٣٤٦ بأنه : « يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً فى ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

وقاعدة وجوب الوفاء بالالتزام فور نشوئه ليست مطلقة ، بل تلحقها عدة استثناءات . وترتد هذه الاستثناءات إلى الأحوال التي يكون فيها الالتزام مقترناً بأجل واقف . فقد رأينا[1] أن الالتزام هنا لا يكون مستحق الأداء قبل حلول أجله .

وينقسم الأجل بالنسبة إلى مصدره إلى أجل اتفاقي وأجل قانوني وأجل قضائي . ولا صعوبة في النوعين الأولين . فحيثما يقضي الاتفاق أو نص في القانون بالوفاء بالالتزام في وقت مضروب ، تعين العمل بحكمه . بقي النوع الثالث ، وهو الأجل القضائي أي الذي يحدده القاضي ، أو نظرة الميسرة ، كما يسمى . وهو في حاجة إلى شيء من البيان .

٣٦٠ — نظرة الميسرة

استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بوجوب الوفاء بالالتزام فور نشوئه ، يجوز للقاضي أن يمنح المدين العاثر الحظ أجلا أو آجالا للوفاء بدينه ، وينظره بذلك إلى ميسرة ، لعل الله يؤتيه من بعد عسر يسراً . وفي ذلك تقضي المادة ٢/٣٤٦ بأنه : « على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » .

وكما هو واضح من هذا النص ، لا يسوغ للقاضي أن يمنح نظرة الميسرة في كل الأحوال . فلهذه المنحة شروط يجب توافرها . وهذه هي الشروط الآتية :

١ — يجب أن تكتنف المدين ظروف من شأنها أن تجعله جديراً بالبر والرحمة . فنظرة الميسرة منحة ، وليست حقاً للمدين . والمنحة لا تكون إلا للجدير بها . فلا يسوغ منح نظرة الميسرة للمدين المماطل المتعنت الذي

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١٥٣ .

يمتنع عن الوفاء بديونه برغم قدرته . إنما هى تمنح للمدين العاثر الحظ الذى يوجد فى ظروف من شأنها أن تجعل الوفاء بدينه فوراً متعذراً أو فى الأقل ملحقاً إياه بفادح الضرر . وتقدير الظروف التى تبرر منح نظرة الميسرة متروك لقاضى الموضوع ، بلا معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض . إنما يجب على القاضى ألا يتمادى فى منح نظرة الميسرة . لأنها لا تكون ، كما تقول المادة ٢/٣٤٦ ، إلا فى الحالات الاستثنائية .

٢ — يجب أن تكون هناك فائدة ترجى من منح نظرة الميسرة ، كما إذا بدت الظروف العثرة التى تكتنف المدين مؤقتة يؤمل أن تزول . أما إذا لم يكن هناك أمل معقول فى تحسن مركز المدين ، فلا يجوز للقاضى أن ينظره إلى ميسرة .

٣ — يجب ألا يوجد هناك نص فى القانون يمنع القاضى من منح نظرة الميسرة فى الحالة الخاصة المعروضة عليه . ومثال هذا النص ما تقضى به المادة ١٥٦ تجارى من أنه : «لا يجوز للقضاة أن يعطوا مهلة بدفع قيمة الكمبيالة» . ويسرى هذا الحكم أيضا على السندات الأذنية والسندات لحاملها (المادة ١٨٩ تجارى) .

٤ — ويلزم فى النهاية ألا يكون من شأن منح المدين نظرة الميسرة إلحاق ضرر جسيم بالدائن . فالرحمة بالمدين لا تبرر التضحية بمصلحة الدائن ، إلا فى حدود الضرر اليسير ، دون الضرر الفادح الجسيم . فإن ظهر للقاضى ، مثلا ، أن من شأن منح المدين أجلا للوفاء أن يفوت على الدائن صفقة هامة يضره كثيراً حرمانه منها ، أو كان من شأنه أن يعرقل أعماله ويؤدى إلى إعساره أو إفلاسه ، إذا ظهر للقاضى هذا الأمر أو ذاك ، وجب عليه الامتناع عن منح نظرة الميسرة .

هذه هى الشروط التى يلزم توافرها ، لكى يستطيع القاضى منح نظرة

الميسرة . فإن منحها برغم عدم توافرها كلها ، جاء حكمه خاطئا ، وكان لمحكمة النقض أن تنقضه .

على أن مجرد توافر الشروط السابقة لا يعنى ضرورة منح نظرة الميسرة . فالأمر لا يعدو مجرد رخصة وضع القانون زمامها بيد قاضى الموضوع ، وفقا لتقديره . ومن ثم فلا تعقيب من محكمة النقض على قاضى الموضوع ، إن هو رفض أن ينظر المدين إلى ميسرة ، كائنة ما كانت ظروفه .

ومؤدى نظرة الميسرة ، إن رأى القاضى منحها للمدين ، أن يعطيه أجلا للوفاء بالدين . ويلزم أن يكون هذا الأجل معقولا ، وإن لم يحدد القانون حداً أقصى له . وللقاضى كذلك أن يمنح المدين عدة آجال وليس أجلا بمعنى أن يقسط عليه الدين وفقا لما يراه .

ويلاحظ فى النهاية أن ثبوت الرخصة للقاضى فى منح نظرة الميسرة بالشروط التى حددناها من النظام العام . ومن ثم يقع باطلا الاتفاق بين واحداً ، الدائن والمدين على منع القاضى من استعمالها .

٢٦١ — مكان الوفاء [illegible]

يختلف المكان الذى يجب الوفاء فيه باختلاف موضوع الالتزام . فإن كان موضوع الالتزام تسليم شىء محدد بذاته ، كسيارة معينة أو حصان معلوم أو أرض محددة ، وجب الوفاء به فى المكان الذى كان الشىء موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك (المادة ١/٣٤٧). أما فى الالتزامات التى ترد على شىء آخر ، كالالتزام بتسليم شىء مثلى أى محدد بنوعه فقط ، عشرين أردبا من القمح أو خمسين قنطاراً من القطن ، مثلا ، وكالالتزام بدفع مبلغ من النقود ، فإن الوفاء يكون فى موطن المدين عند حصوله ، أو فى مركز أعماله إن كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال (المادة ٢/٣٤٧) ، وذلك بطبيعة الحال ما لم يقض الاتفاق أو القانون أو العرف بخلافه .

ونكرر أن موطن المدين الذي يجب الوفاء فيه هو ذلك الذي يكون له عند حصول الوفاء. وهكذا فإن كان للمدين عند نشأة الالتزام موطن معين، وعند الوفاء كان له موطن آخر غيره، وجب الوفاء في هذا الموطن الأخير.

وقد حدد القانون موطن المدين لحصول الوفاء بالالتزامات التي ترد على أمور أخرى غير تسليم الأشياء المحددة بالذات، ولا سيما الالتزامات بدفع المبالغ النقدية، ابتغاء التيسير على المدين، وهو الجانب الضعيف في الالتزام. فالقانون، بحسب الأصل، يلزم الدائن بأن يسعى هو إلى مدينه ليستوفي منه حقه، وكفى بذلك المدين مئونة السعي إلى دائنه. وقد درج الفرنسيون، في إبرازهم هذا المعنى، على القول بأن الدين يسعى إلى طلبه quérable ولا يحمل لدفعه non porta ble.

المبحث الرابع

كيفية حصول الوفاء

٢٦٢ — إجراء الوفاء بالالتزام يقتضي بالضرورة رضاء الموفي، سواء أكان هو المدين أم غيره. فالوفاء عمل اختياري بالنسبة إلى الموفي. فإن لم يوف المدين بالتزامه اختيارا، ولم يوفه عنه شخص غيره، كان للدائن سبيل آخر لاقتضاء حقه غير الوفاء، وهذا هو التنفيذ الجبري على أموال المدين. أما الدائن، فالحال بالنسبة إليه يختلف. فقد يرتضي الوفاء المعروض عليه. وقد يتعنت ويرفضه. وهكذا يتخذ الوفاء إحدى صورتين: فهو إما أن يحصل برضاء الدائن، وإما أن يحصل برغم إرادته. ونتناول هاتين الصورتين على التوالي:

٢٦٣ — أولا: حصول الوفاء برضاء الدائن

إذا ارتضى الدائن الوفاء المعروض عليه، وأجريت بالفعل عملية الإيفاء

والاستيفاء ، تم الوفاء بالدين أو بعضه على حسب الأحوال ، وبرئت ذمة المدين منه كلياً أو جزئياً .

ولا تثور هنا إلا مسألة توفير الدليل على حصول الوفاء ، حتى يقدمه الموفى عند الحاجة . ويختلف الأمر هنا باختلاف ما إذا حصل الوفاء ببعض الدين ، أم به بكله . فإن وقع الوفاء بجزء من الدين ، حق للموفى أن يطلب مخالصة أو إيصالا ، بما وفاه ، مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء. وإن وقع الوفاء بكل الدين، كان للموفى أن يطلب إعطاءه سند الدين أو إقراراً كتابياً من الدائن بإلغائه ، فإن كان سند الدين قد ضاع ، كان له أن يطلب من الدائن إقراراً كتابياً بضياعه (المادة ١/٣٤٩) .

وهكذا يوفر القانون أمام الموفى السبيل إلى الحصول على دليل كتابى للوفاء . ويسرى هذا الحكم ، حتى لو كان الدين الموفى به غير ثابت فى محرر ، وحتى لو كان من الجائز إثبات الوفاء بالبينة .

وإذا رفض الدائن إعطاء الموفى الدليل الكتابى على النحو الذى بيناه ، جاز للموفى أن يثبت هذا الرفض بإعلان رسمي يوجهه للدائن ؛ فإن فعل ، اعتبر الدائن ممتنعاً عن استيفاء الدين ومعذراً بامتناعه ، وحق للمدين أن يلجأ إلى إجراءات العرض والإيداع (المادة ٢/٣٤٩) التى سنبينها بعد قليل .

ويتحمل المدين نفقات الوفاء ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك[1]. ومثال نفقات الوفاء، مصروفات إرسال الشيء إلى المكان الواجب تسليمه فيه ، ومصروفات إرسال الحوالة البريدية إذا تم الوفاء بها ، ونفقة وزن الشيء أو مقاسه .

---

(١) ومن أبرز النصوص التى لا تجعل مصروفات الوفاء بالتزام على المدين ، بل تحمل بها الدائن ، المادة ٤٦٢ . فهذه المادة تجعل رسوم التسجيل على المشترى ، برغم أنه إجراء لازم للوفاء بالتزام البائع بنقل الملكية .

٢٦٤ — ثانيا : حصول الوفاء بغير رضاء الدائن

الدائن ليس حراً فى أن يقبل الوفاء بحقه أو لا يقبله ، بل هو مجبر على قبوله ، ما دام قد جاء من شخص يحق له إجراؤه ، ومستحوزاً على شروط صحته المتعلقة بمحله وزمانه ومكانه والتى سبق لنا بيانها . وهكذا فالمدين ، إن كان مجبراً على الوفاء بدينه ، فالدائن أيضا مجبر على قبول الوفاء بحقه . ما دام يعرض عليه عرضا صحيحا .

٢٦٥ — إعذار الدائن بما يسجل عليه رفضه اقتضاء حقه

إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً ، أو رفض القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها ، كما إذا امتنع عن الحضور إلى المكان الواجب تسليم القمح أو القطن فيه حتى تتم عملية الوزن أمامه ، أو امتنع عن إعطاء المدين مخالصة بالدين الذى يعرض عليه دفعه ، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء ؛ إذا حصل من الدائن شىء من ذلك ، اعتبر ممتنعا عن استيفاء حقه . ولكن مجرد هذا الامتناع لا يكفى ، بحسب الأصل ، لإثبات التقصير عليه . وإنما يلزم لذلك أن يقوم المدين بإثبات هذا الامتناع أو الرفض بوجه رسمى . وسبيله إلى ذلك قيامه بإعلان الدائن رسمياً ، أى بمقتضى ورقة على يد محضر ، بما يسجل عليه امتناعه عن إستيفاء الدين . فإن قام المدين بهذا الإجراء ، اعتبر الدائن معذراً (المادة ٣٣٤) ، وذلك من تاريخ وصول الإعلان الرسمى إليه أو إلى موطنه . وهكذا فالإعذار ، كما قد يوجه إلى المدين لإثبات تقصيره فى تنفيذ التزامه ، قد يوجه إلى الدائن لإثبات تقصيره فى استيفاء حقه .

وإذا تم إعذار الدائن على النحو السابق ، ترتبت عليه آثار هامة . وترتد هذه الآثار إلى فكرة اعتبار الدائن مقصراً فى استيفاء حقه . وهذه الآثار هى الآتية :

١ — تقف سريان الفوائد من تاريخ الإعذار ، وذلك إن كان الدين

يغلها . ويسرى هذا الحكم على الفوائد المشترطة فى مقابل الانتفاع بالنقود وعلى الفوائد التأخيرية على حد سواء .

٢ — من تاريخ الإعذار ، يتحمل الدائن تبعة هلاك أو تلف الشىء الذى يجب الوفاء به ، إذا حصل هذا الهلاك أو التلف بقوة قاهرة . وليس لهذا الأثر أهمية ، إذا كانت تبعة الهلاك على الدائن من الأصل ، كما هو الشأن فى أغلب الالتزامات . فوفقاً للقاعدة العامة ، تقع تبعة هلاك موضوع الالتزام على الدائن . وهذا ما يحصل ، مثلا ، بالنسبة إلى التزام المستأجر برد الشىء المؤجر بعد انتهاء الإيجار ، وإلى التزام المستعير برد الشىء المعار بعد انتهاء العارية ، وإلى التزام الوكيل برد الأشياء التى تسلمها بمقتضى الوكالة على أثر انتهائها ؛ فهنا يتحمل الدائن (المؤجر أو المعير أو الموكل) تبعة هلاك الشىء من الأصل . فلا يغير من الوضع شيئاً أن يقصر الدائن فى اقتضاء حقه وأن يسجل عليه مدينه تقصيره هذا بقيامه بإعذاره . ولكن فى بعض الحالات الاستثنائية ، تكون تبعة الهلاك فى الأصل على المدين . ويحصل هذا على وجه الخصوص بالنسبة إلى التزام البائع بتسليم المبيع ؛ فهلاك المبيع قبل تسليمه يقع فى الأصل على المدين ، وهو البائع . وفى هذه الحالات ، يترتب على إعذار الدائن بما يسجل تقصيره فى استيفاء حقه ، انتقال تبعة الهلاك إليه . فإذا أعذر البائع المشترى بما يسجل عليه رفضه بدون مبرر تسلم المبيع ، ثم هلك المبيع بعد ذلك ، تحمل المشترى تبعة الهلاك ، الأمر الذى يجعله ملتزماً بدفع الثمن برغم هلاك المبيع أو تلفه . وهكذا نرى أن إعذار الدائن بما يسجل عليه تقصيره فى اقتضاء حقه ينقل إليه تبعة هلاك الشىء موضوع الالتزام ، إذا كانت تلك التبعة فى الأصل على المدين . كما أن إعذار المدين بما يثبت عليه تقصيره فى الوفاء بالتزامه ينقل إليه تبعة هلاك الشىء ، إذا كانت فى الأصل على الدائن ، وهو الأمر الذى بيناه فى حينه[1] .

---

(١) راجع ما سبق ، بند ٣٧ ، ٤٨ .

٣ — يترتب على إعذار المدين للدائن بما يسجل عليه رفضه للوفاء ثبوت الحق للأول فى الالتجاء إلى إجراءات العرض والإيداع على نفقة الدائن ، على نحو ما سنبينه بعد قليل .

٤ — ويترتب على إعذار الدائن ، فى النهاية ، ثبوت الحق للمدين فى تعويض الضرر الناشىء له من جراء امتناع الدائن عن الوفاء ، مادام هذا الضرر مستحوزاً على الشروط القانونيـة اللازمة لثبوت التعويض عنه ، بأن كان محققاً ومباشراً ومتوقعاً .

هذه هى الآثار التى تترتب على قيام المدين بإعذار الدائن بما يسجل عليه امتناعه دون مبرر عن قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا . وقد ركزتها المادة ٣٣٥ بقولها : « إذا تم إعذار الدائن ، تحمل تبعة هلاك الشىء أو تلفه ، ووقف سريان الفوائد ، وأصبح للمدين الحق فى إيداع الشىء على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر » .

٢٦٦ — إجراءات العرض والإيداع

رأينا أن الإجراء الأول الذى يقوم به المدين ، عند رفض الدائن الوفاء الذى يعرضه عليه ، هو تسجيل هذا الرفض فى إعلان رسمى يوجه إليه . فإن فعل المدين ذلك ، اعتبر الدائن معذراً ، وترتبت على الإعذار الآثار الهامة التى حددناها . بيد أن ذمة المدين لا تبرأ بمجرد امتناع الدائن عن استيفاء الدين وإعذاره بامتناعه . فهذا الدين لازال باقيا فى ذمته ، حيث إنه لم يقم فى الحقيقة بدفعه . فإن أراد المدين إبراء ذمته ، وجب عليه أن يسلك الخطوة الثانية ، وهى تتركز فى الالتجاء إلى إجراءات العرض والايداع المنصوص عليها فى المواد من ٧٨٦ إلى ٧٩٦ من تقنين المرافعات .

وتمرر إجراءات العرض والايداع بالمراحل الثلاث الآتيه :

(١) العرض الفعلى : تبدأ الإجراءات التى نحن بصددها بعرض الشىء الموفى

به عرضاً فعلياً على الدائن . ويحصل ذلك بتسليم المدين هذا الشيء إلى المحضر الذى ينتقل به إلى موطن الدائن ويعرضه عليه عرضاً فعلياً[1]. هذا إن كان محل الوفاء مبلغاً نقدياً . أما إذا كان محل الوفاء شيئاً آخر غير النقود ، وفى الأقل إذا كان من الأشياء التى يتعذر تسليمها فى موطن الدائن ، حصل العرض الفعلى بتكليف الدائن بورقة على يد محضر بتسلمه (المادة ٧٨٦ مرافعات) . وإذا حصل العرض الفعلى على الدائن على النحو الذى بيناه ، فالحال لا تخرج عن أحد أمرين : فإما أن الدائن يقبل العرض ، وإما أن يرفضه . فإن قبله ، تم الوفاء وبرئت ذمة المدين . وإن رفضه ، وجب الالتجاء إلى الخطوة التالية ، وهى خطوة الإيداع .

(ب) الإيداع : يقصد بالإيداع وضع الشيء فى خزانة المحكمة . فإذا رفض الدائن العرض ، وكان المعروض من النقود ، قام المحضر بإيداعه خزانة المحكمة فى اليوم التالى على الأكثر ، على أن يقوم المدين بإعلان الدائن بصورة من محضر الإيداع (المادة ٧٨٩ مرافعات) . وإذا كان المعروض شيئاً آخر غير النقود ، حق للمدين أن يطالب من قاضى الأمور المستعجلة تعيين حارس لحفظه فى المكان الذى يعينه[2] (المادة ٧٩٠ مرافعات). وهكذا يستعاض بالحراسة عن الإيداع[3] ، كلما تعذر هذا الإجراء الأخير .

---

(١) وإذا كانت هناك قضية منظورة بين المدين والدائن ، ساغ أن يحصل العرض الحقيقى حال المرافعة فى الجلسة أمام المحكمة ، بشرط أن يكون من يوجه العرض إليه حاضراً . وهنا تسلم النقود المعروضة ، عند رفضها ، لكاتب الجلسة الذى يقوم بإيداعها خزانة المحكمة (المادة ٧٩٢ مرافعات) .

(٢) وإلى جانب حالة امتناع الدائن عن قبول الوفاء المعروض عليه ، يجوز للمدين أن يلجأ إلى إجراء الإيداع أو الحراسة ، إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه ، أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب له صفة فى قبول الوفاء عنه ، أو كان الدين متنازعا فيه بين عدة أشخاص ، أو كانت هناك أسباب جدية أخرى تبرر هذا الإجراء (المادة ٣٣٨ مدنى).

(٣) وإذا كان الشيء الموفى به مما يسرع إليه التلف ، أو كان مما يتكلف نفقات باهظة فى إيداعه أو حراسته ، كان للمدين ، بعد استئذان القضاء ، أن يبيعه بسعره فى السوق أو البورصة ، إن كان له سعر متداول فيهما ؛ فإن لم يكن له سعر متداول معروف فى السوق أو البورصة ، كان للمدين ، بعد استئذان القضاء أن يبيعه بالمزاد العلنى (المادة ٣٣٧ مدنى) .

٣ — قبول الدائن العرض أو الحكم بصحته . العرض موجه للدائن ويظل كذلك حتى بعد إيداع المعروض خزانة المحكمة . ولهذا فللدائن أن يقبله فى أى لحظة، إلا إذا كان المدين قد رجع فيه . وله أن يقبل العرض، حتى لو سبق له رفضه (المادة ٧٩٤ مرافعات) . فإذا قبل الدائن العرض، وتسلم ما أودع على ذمته، تم الوفاء وبرئت ذمة المدين . أما إذا ظل الدائن على عناده، كان للمدين أن يخطو الخطوة الأخيرة . وهى تتمثل فى استصدار حكم بصحة العرض . فإن أصدرت المحكمة حكمها بصحة العرض، حكمت فى نفس الوقت ببراءة ذمة المدين من يوم العرض، وليس فقط من يوم الإيداع (المادة ٧٩٣ مرافعات) . وهكذا يقوم الحكم بصحة العرض المشفوع بالإيداع مقام الوفاء (المادة ٣٣٩ مدنى) .

ويلاحظ أن المدين يظل حراً فى الرجوع فى عرضه، إلى أن يقبله الدائن أو يصدر حكم بصحته . فإلى هذا الوقت، يسوغ له بمحض إرادته، أن يرجع فى عرضه، ويسترد المبلغ المودع خزانة المحكمة . فإن فعل، اعتبر أنه لم يلجأ إلى الوفاء، ويظل ملتزماً بالدين ولا تبرأ ذمة شركائه فيه، إن كان له شركاء، ولا ذمة الضامنين له (المادة ٣٤٠ مدنى) . فإن قبل الدائن العرض أو صدر حكم بصحته، امتنع على المدين الرجوع فيه بغير موافقة الدائن . فإن رجع فى هذه الحالة الأخيرة بموافقة الدائن، كان له أن يسترد ما أودعه من خزانة المحكمة . فإن فعل، عاد الدين يثقل كاهله من جديد . ولكن فى هذه الحالة، يبرأ الشركاء فى الدين وتنقضى كافة التأمينات التى كانت تضمنه (المادة ٢/٣٤٠)، سواء أكانت شخصية أم عينية .

المبحث الخامس

آثار الوفاء

٢٦٧ — إذا تم الوفاء ، سواء أحصل برضاء الدائن أم برغم إرادته عن طريق الالتجاء إلى إجراءات العرض والإيداع ؛ إذا تم الوفاء على هذا النحو أو على ذاك ، أنتج أثره . والأثر الرئيسى للوفاء هو انقضاء الالتزام .

ولا تثور أية صعوبة ، إذا وقع الوفاء من المدين ، حالة كونه ينفرد بتحمل عبء الالتزام لا يشاركه فيه غيره . فالدين هنا يكون عليه وحده ؛ فإن وفاه ، برئت ذمته فى مواجهة الدائن ، ولم يكن له أن يرجع على أحد بما وفاه .

٢٦٨ — ولكن الصعوبة تثور ، إذا كان الموفى شخصا آخر غير المدين ، أو كان مدينا بالدين الذى وفاه ، ولكنه لا ينفرد وحده فى التحمل به ، بل يشاركه فيه أشخاص آخرون ، كما إذا كان مدينا متضامناً مع غيره ، أو شريكا فى دين غير قابل للانقسام . فى هذه الحالة ، يؤدى الوفاء إلى انقضاء الالتزام بالنسبة إلى الدائن . ولكن الموفى يعتبر أنه أدى دينا ليس عليه أو ليس عليه كله . ولهذا يسوغ له أن يرجع على المدين أو على شركائه فى الدين ، بحسب الأحوال ، بما وفاه عنه أو عنهم [1] ، حتى لا يثروا على حسابه بغير سبب . وفى ذلك تقضى المادة ١/٣٢٤ بأنه : « ١ — إذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه » .

وللموفى ، إن كان غير المدين ، أو كان شريكا فى الدين مع غيره ، أن يرجع على المدين أو على شركائه بما وفاه عنه أو عنهم ، على أساس دعوى

---

(١) وذلك مالم يثبت أن الموفى قد أدى الدين عن المدين تبرعا منه له .

شخصية تثبت له من تاريخ الوفاء ، اعتباراً بأنه دفع عنهم ديونهم للدائن وأبرأ بالتالى ذممهم فى مواجهته . وتؤسس هذه الدعوى على الوكالة ، إذا كان الموفى وكيلا فى الوفاء عن المدين أو عن شركائه فى الدين . كما أنها تؤسس على الفضالة ، إذا توافرت شروطها . فإن لم تتوافر الوكالة أو الفضالة ، أسست دعوى الموفى على الإثراء بلا سبب .

وإذا كان للموفى أن يرجع على المدين بما وفاه عنه ، إلا أنه يسوغ لهذا الأخير أن يمنع رجوع الموفى عليه بما وفاه عنه كلا أو بعضاً ، إذا حصل الوفاء برغم إرادته ، وأثبت أن له أية مصلحة فى الاعتراض على الوفاء (المادة ٢/٣٣٤) ، كما إذا حصل الوفاء الذى اعترض عليه فى وقت كان الدين يوشك فيه أن ينقضى بالتقادم ، بحيث أنه لو لم يقع ، لأمكن للمدين أن يتمسك فى مواجهة الدائن بالتقادم .

٢٦٩ — الوفاء مع الحلول

يترتب على الوفاء ، كما رأينا ، انقضاء الالتزام . وينتج الوفاء هـذا الأثر ، بحسب الأصل ، حتى لو حصل من غير المدين أو حصل ممن يلتزم بالدين مع غيره . مع ثبوت الحق للموفى فى أن يرجع على المدين أو على شركائه فى الدين ، بحسب الأحوال ، بما وفاه عنه أو عنهم ، تطبيقا لمبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب على حساب الغير .

بيد أن الوفاء الحاصل من غير المدين أو من الشريك فى الدين ، لا يترتب عليه دائما انقضاء الالتزام . فهناك حالات استثنائية يرى القانون فيها الموفى جديراً بحماية خاصة ، فيقضى بحلوله محل الدائن فى حقه بقدر ما وفاه عن المدين أو عن شركائه فى الدين ، وهـذه هى حالات الوفاء مع الحلول .

وفى الوفاء مع الحلول ، لا ينقضى الالتزام فى الحقيقة ، ولـكن الموفى

يحل محل الدائن فى حقه ، بقدر ما وفاه له منه . وهكذا يتشابه الوفاء مع الحلول فى أثره مع حوالة الحق ، حيث ينتقل الحق من المحيل إلى المحال له ؛ وإن كان هذا الشبه غير تام ، كما سبق لنا أن بيناه عند الكلام فى حوالة الحق ، وكما سنبينه هنا بعد قليل .

ونتناول أحكام الوفاء مع الحلول ، عارضين حالاته وأثره ؛ وذلك فيما يلى :

٢٧٠ — حالات الوفاء مع الحلول

ينقسم الحلول الناشىء عن الوفاء ، بالنسبة إلى حالاته ، أو بالنسبة إلى المصدر الذى ينشئه ، إلى نوعين : فهو إما قانونى ، أى ينشأ بقوة القانون ، وإما اتفاقى ، أى ينشأ بمقتضى الاتفاق عليه . ونتناول هذين النوعين بالتفصيل .

٢٧١ — أولا : الحلول القانونى

الحلول القانونى هو ذاك الذى يتم بمجرد الوفاء وبقوة القانون ، أى بغير حاجة إلى أى إجراء آخر . فبمجرد أن يقع الوفاء ، يرى الموفى أن القانون قد أحله محل الدائن فى حقه الذى وقع الوفاء به .

والحلول القانونى لا يكون إلا فى الحالات الخاصة التى يجيزها القانون . وهى حالات يرى المشرع فيها أن للموفى مصلحة قوية تدفعه إلى الوفاء بالالتزام عن المدين . وقد تناولت المادة ٣٢٦ هذه الحالات ، وهى الآتية :

« (ا) إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه » : إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه ، حل بقوة القانون محل الدائن فى حقه ، بمجرد الوفاء . وهذه هى أبرز حالات الحلول ، وأكثرها استناداً إلى المبرر والمسوغ . فالموفى هنا مجبر قانوناً على الوفاء بالدين ، لأنه يثقل

ذمته ، وله أن يوفى به، برغم إرادة الدائن والمدين . فإن فعل ، أحاطه القانون بالحماية ، عن طريق إحلاله محل الدائن فى حقه .

والملزم بالدين مع المدين هو المدين المتضامن والمدين فى دين لا يقبل الانقسام . وقد سبق لنا أن تعرضنا لهذين النوعين من المدينين ، ورأينا أن للمدين المتضامن أن يرجع على المتضامنين معه بدعوى الحلول محل الدائن[1] ، إلى جانب دعواه الشخصية . وللمدين فى دين غير قابل للانقسام أن يحل أيضا محل الدائن ويرجع بدعواه على شركائه .

أما الملزم بالدين عن المدين ، فهو الكفيل ، شخصياً كان أم عينياً . فإذا دفع الكفيل الدين للدائن حل محله فى حقه ، وساغ له أن يرجع بدعواه .

« (ب) إذا كان الموفى دائناً ووفى دائناً آخر مقدماً عليه بماله من تأمين عيني ، ولو لم يكن للموفى أى تأمين » : ومثال هذه الحالة ، أن يكون لأحد الدائنين رهن على مال من أموال المدين ، ثم يجيء دائن آخر متأخر فى المرتبة سواء أكان له بدوره رهن على نفس المال ولكنه فى مرتبة تالية ، أو كان مجرد دائن عادى، ويوفى للدائن الأول حقه ؛ هنا يحل الدائن الموفى بقوة القانون محل الدائن المتقدم فيما كان له من حق .

وقد منح المشرع الحلول القانونى هنا لما قدره من أنه قد تكون للدائن المتأخر مصلحة فى الوفاء للدائن المتقدم بدينه ، كما إذا أراد منعه من إجراء التنفيذ على المال المرهون فى وقت غير مناسب ، إذا كان يؤمل فى فرصة أخرى ، يرى أنه من الممكن أن يباع فيها المال بثمن أزيد يفيض على حق الدائن المتقدم بما يتيح له استيفاء حقه بدوره .

ويلزم ، لحصول الحلول القانونى هنا ، توافر الشرطين الآتيين :

١ — أن يحصل الوفاء من دائن متأخر فى المرتبة لدائن متقدم . فإن حصل

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١٧٩ .

العكس ، بأن وقع الوفاء من الدائن المتقدم إلى الدائن المتأخر ، ماثبت الحلول القانوني . ولا يلزم أن يكون للدائن المتأخر تأمين عيني على نفس المال ، ولكنه في مرتبة تالية ، فالحلول يثبت له ، ولو كان مجرداً عن كل تأمين ، أي ولو كان دائناً عادياً .

٢ — يجب أن يكون تقدم الدائن الموفى له ثابتاً بمقتضى تأمين عيني مقرر له ، سواء أكان هذا التأمين رهناً رسمياً أو حيازياً أو حق اختصاص أو حق امتياز . فإن لم يكن للموفى له تأمين عيني ، ما ثبت الحلول القانوني للموفي ، حتى لو كان من شأن السير الطبيعي للأمور أن يستأثر الأول بحصيلة التنفيذ على مال المدين دون الثاني ، كما إذ حالت ظروف الأخير دون المشاركة في إجراء التنفيذ ، بسبب اقتران حقه بأجل لما يحل أو بسبب ثبوته في محرر عرفي لم يصدر به حكم قابل للتنفيذ بمقتضاه .

(ح) الوفاء الحاصل ممن انتقلت إليه ملكية عقار مثقل بتأمين عيني : إذا كان للدائن تأمين عيني على عقار معين[1] ، سواء أكان هذا التأمين رهناً رسميا أو حيازياً أو حق اختصاص أو حق امتياز ، ثم انتقلت ملكية هذا العقار إلى شخص آخر ، وقام مكتسب الملكية بالوفاء بالدين ، حل محل الدائن في حقه بقوة القانون . ويسمى مكتسب الملكية هنا حائز العقار[2] .

وهكذا يثبت الحلول القانوني لحائز العقار المحمل بتأمين عيني ، إذا دفع

---

(١) ولا يسرى هذا الحكم إلا بالنسبة إلى العقار . فهو لا يسرى بالنسبه إلى المنقول . فمن يكتسب ملكية منقول مرهون أو مثقل بحق امتياز ، لا يحل بمقتضى القانون محل الدائن ، إذا دفع له دينه . ولا يكون له هذا الحلول ، إلا إذا حصل الاتفاق عليه ، على نحو ما سنبينه عند الكلام في الحلول الاتفاقي .

(٢) يلاحظ أن للفظ « الحائز » في لغة القانون معنيين أساسيين . فهو يطلق أولا على من يضع يده على الشيء بنية تملكه ؛ وهذا هو المعنى العادي . وهو يطلق ثانياً على من تنتقل إليه ملكية عقار مثقل بتأمين عيني ، كالرهن الرسمي وحق الاختصاص وحق الامتياز .

الدين لصاحب هذا التأمين . والحكمة من ثبوت الحلول القانونى للحائز واضحة . إذ أن له مصلحة ظاهرة فى تخليص عقاره من التأمين الذى يثقله .

ويلاحظ أن المـــادة ٣٢٦ لم تحسن التعبير عن الحالة التى نحن بصددها . فقد جاءت تقول أن الحلول القانونى يثبت: « (ج) إذا كان الموفى قد اشترى عقاراً ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم » . وظاهر هذا النص يؤدي إلى أن الحلول لا يكون إلا لمشترى العقار المحمل بالتأمين العينى ، بل إنه لا يكون لهذا المشترى ، إلا إذا كان قد دفع الدين المضمون بالتأمين من الثمن المستحق عليه للبائع . وهذا تخصيص بلا مخصص فالحلول يثبت لكل من يكتسب ملكية العقار المحمل بالتأمين العينى ، بشرط واحد ، هو ألا يكون ملتزماً شخصيا بالدين المضمون . وسواء بعد هذا أن يكون مكتسب الملكية ، أى حائز العقار ، قد اكتسبها بمقتضى عقد بيع أم بمقتضى عقد هبـة أم حتى بالتقادم[1] . وسواء أيضا أن يكون حائز العقار قد دفع الدين من ثمنه ، أم دفعه بعد أن يكون قد وفى الثمن للبائع ؛ بل إن الحلول يثبت للحائز ، حتى لو كان الدائن قد نفذ على العقار بين يديه واستوفى دينه من ثمنه بعد بيعه عليه . وقد حرص المشرع ، فى باب الرهن الرسمى ، على أن يقرر الحلول محل الدائن للحائز عموما ، أى لكل من يكتسب ملكية عقار مثقل بالرهن (أنظر المادتين ١٠٦١ و ١٠٨٠/٢) .

« (ى) إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول » : ففى غير الحالات الثلاث السابقة ، يثبت الحلول للموفى ، إذا وجد ثمة نص خاص يقرره له . ومثال ذلك نص المادة ١٥٨ تجارى التى تمنح الحلول محل حامل الكمبيالة لمن يدفع قيمتها بطريق التوسط . ومثال ذلك أيضا نص المادة ٧٧١ مدنى ، وهو يمنح المؤمن ضد الحريق الحلول القانونى محل المؤمن له فى حقوقه

---

(١) أنظر مؤلفنا : التأمينات الشخصية والعينية ، نبذة ٣٠٠ . وأنظر فيما يوحى بحكم عكسى : نقض ٨ مارس سنة ١٩٥٦ ، مجموعة أحكام النقض س ٧ ص ٣٠١ .

قبل المتسبب فى الحريق ، ما لم يكن هذا المتسبب قريبا أو صهر للمؤمن له ممن يعيشون معه فى عيشة واحدة أو كان ممن يسأل المؤمن له عن أفعالهم مدنياً .

٢٧٢ — ثانيا : الحلول الاتفاقى

بينا فيما سبق الحالات التى يثبت فيها الحلول القانونى . وفى غير هذه الحالات ، لا يكون للموفى حق الحلول محل الدائن ، إلا إذا اتفق عليه فى الحالات وبالشروط التى يقرها القانون . وهذا هو الحلول الاتفاقى .

والحلول الاتفاقى يكون فى حالتين فرعيتين : فهو إما أن يجىء نتيجة الاتفاق عليه بين الموفى وبين الدائن ، وإما أن يجىء نتيجة الاتفاق عليه بين الموفى وبين المدين .

ونتناول هاتين الحالتين من الحلول الاتفاقى على التوالى ، وذلك فيما يلى :

٢٧٣ — (أ) الحلول الناشىء من الاتفاق بين الموفى والدائن م ٣٢٧

يسوغ للدائن عند استيفائه حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحله محله فى حقوقه . وفى ذلك تقضى المادة ٣٢٧ بأنه : « للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحله محله . ولو لم يقبل المدين ذلك ، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء » .

فالحلول هنا يجىء نتيجة الاتفاق عليه بين الموفى وبين الدائن [1] . أما المدين فهو أجنبي عن هذا الاتفاق ، ومن ثم فلا يلزم رضاؤه لانعقاده ؛ بل إنه يسوغ وقوعه برغم إرادته .

ويلزم ، لكى ينتج الاتفاق على إحلال الموفى محل الدائن فى حقوقه

---

(١) وللدائن بطبيعة الحال كامل الحرية فى أن يرتضى حلول الموفى محله أو لا يرتضيه . فهو ليس مجبراً على إحلال الموفى محله فى حقه . وكذلك لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يقصر الدائن حلول الموفى محله على بعض حقوقه دون البعض الآخر ، كما إذا ارتضى إحلاله محله فى الرهن الضامن لحقه دون الكفالة . لأن من يملك الأكثر يملك الأقل .

أثره ، ألا يتأخر إبرامه عن تاريخ الوفاء . لأنه إذا حصل الوفاء بالفعل ، ثم تلاه الاتفاق على الحلول ، ورد هذا الاتفاق على حق يكون قد انقضى من قبل ، ومن ثم ورد على غير ذي موضوع . وسيان بعد ذلك أن يجيء الاتفاق على الحلول قبل الوفاء ، أم معاصراً له . وغني عن البيان أن الاتفاق على الحلول يجب أن يشفع بالوفاء .

ولا يلزم أي شكل خاص للاتفاق على الحلول . وهو يخضع في إثباته للقواعد العامة . وإنما يلزم أن يكون ثابت التاريخ ، للاحتجاج به ضد الغير [1] . أما في مواجهة المدين وورثته ، فلا يلزم أن يكون الاتفاق ثابت التاريخ .

٢٧٤ — (ب) الحلول الناشيء من الاتفاق بين الموفى والمدين

يسوغ للمدين بشروط خاصة أن يحل غيره محل دائنه ، ولو بغير رغبة هذا الدائن . ويحصل ذلك إذا اقترض من الغير مالا ، ثم أوفى بهذا المال الدين الذي عليه . في هذه الحالة يجوز ، بالاتفاق بين المدين وبين من أقرضه المال ، على إحلال هذا الأخير محل الدائن في حقه . وإنما يلزم هنا ، منعا لضروب الغش والتحايل إضراراً بحقوق الغير ، أن يذكر في عقد القرض أن المال المقرض قد خصص للوفاء بالدين ، وأن يذكر في المخالصة التي تعطى من الدائن الأصلي أن الوفاء قد حصل من المال الذي أقرضه الدائن الجديد للمدين . وفي هذا تقضي المادة ٣٢٨ بأنه : « يجوز أيضا للمدين إذا اقترض مالا وفى به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي استوفى حقه ، ولو بغير رضاء هذا الدائن ، على أن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء وفي المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن الجديد » .

---

(١) وإذا كان من بين الحقوق التي يحل الموفى محل الدائن فيها تأمين عقاري ، كرهن أو اختصاص ، وجب التأشير بالحلول في هامش القيد ، حتى يحتج به في مواجهة الغير .

٢٧٥ — أثر الوفاء مع الحلول

يترتب على الحلول ، قانونياً كان أم اتفاقياً ، حلول الموفى محل الدائن فى ذات حقه ، بما يتمتع به من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفوع ، وذلك كله بقدر ما دفعه الموفى. وفى ذلك تقضى المادة ٣٢٩ بأنه : « من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع ، ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن » .

فالوفاء مع الحلول لا يترتب عليه انقضاء الدين فى الحقيقة . ولكنه يؤدى إلى انتقاله من الدائن القديم إلى الموفى[1] ؛ فصفة الدائن تزول عن الأول ، لتنتقل إلى الثانى . والوفاء مع الحلول بهذه المثابة يتشابه مع حوالة الحق إلى حد كبير ، وإن كان الشبه غير تام على نحو ما سبق لنا بيانه[2] .

ونكرر أن الموفى يحل محل الدائن فى ذات الحق الذى كان له . فهو لا يثبت له حق جديد يقوم مقام حق قديم قد زال . وبهذا يتميز الحلول عن التجديد .

وينتقل الحق إلى الموفى بذات صفاته وخصائصه التى كان يتمتع بها . فإن كان مدنياً أو تجارياً ، ثابتاً فى محرر رسمى أو عرفى أو بمقتضى حكم ، منجزاً أو مقترناً بأجل ، باتاً أم معلقاً على شرط ، ينقضى بالتقادم بمدة أو بأخرى ؛ أيا كانت الصفة التى يتمتع بها الحق ، وهو ثابت للدائن القديم ، يظل محتفظاً بها بعد انتقاله إلى الموفى .

---

(١) يرى كثير من الفقهاء أن الوفاء مع الحلول ينطوى على عملية مركبة . فهو ، بالنسبة إلى الدائن ، وفاء يترتب علية انقضاء الالتزام . وهو بالنسبة إلى الموفى والمدين ، سبب يؤدى إلى انتقال الالتزام (أنظر فى هذا المعنى : السنهورى ، الوسيط ج ٣ نبذة ٤٠٥ — إسماعيل غانم ، أحكام الالتزام نبذة ٢٥٤) .

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ٢١٨ .

وينتقل الحق أيضا بتوابعه وملحقاته . فإن كان يغل فائدة ، ظل يغلها وبنفس السعر بعد انتقاله إلى الموفى . وكذلك تنتقل معه الفوائد التي سبق حلولها ، ما دام الدائن القديم لم يستوفها من قبل .

ويحتفظ الحق بعد انتقاله إلى الموفى بجميع تأميناته ، عينية كانت أم شخصية ، وسواء أكانت مقدمة من المدين أم من غيره .

وينتقل الحق فى النهاية مهدداً بالدفوع التى كانت ترد عليه وهو ثابت للدائن الأصيل . فيجوز للمدين أن يتمسك فى مواجهة الموفى الذى حل محل الدائن بالدفوع التى كان يسوغ له أن يتمسك بها فى مواجهة هذا الأخير ، كالدفع بإبطال العقد لنقص الأهلية أو بعيب يشوب الرضا ، وكالدفع بعدم تحقق الشرط الواقف الذى علق الالتزام عليه أو بتحقق الشرط الفاسخ .

خلاصة كل ما سبق أنه ، بمقتضى الحلول ، يثبت للموفى نفس حق الدائن بصفاته وتوابعه وضماناته ودفوعه . على أن انتقال حق الدائن ، إلى الموفى على هذا النحو لا يكون إلا بقدر ما أداه فعلا . فإن كان الدين ، مثلا ، مائة جنيه ، ودفع الموفى خمسين فقط ، ما انتقل إليه الحق إلا بقدر ما دفعه ، حتى لو كان بهذا الوفاء الجزئى قد استحصل على إبراء ذمة المدين من الباقى . فالمدين هنا هو الذى يفيد من الإبراء دون الموفى . وفى هذا يختلف الحلول عن حوالة الحق التى تترتب عليها ، بحسب الأصل ، انتقال الحق بكل قيمته إلى المحال له ، بغض النظر عن قيمة المقابل الذى دفعه للمحيل .

٢٧٦ — الحلول الناقص

الأصل فى الحلول أن يكون كاملا ، بمعنى أن الموفى يحل محل الدائن فى ذات حقه وبصفاته وتوابعه وتأميناته . ولكن هذا الأصل لا يسرى على إطلاقه . فهناك حالات يكون الحلول فيها ناقصا ، بمعنى أن حق الموفى يكون أقل من ذاك الذى كان ثابتاً للدائن القديم ، فى ناحية أو فى أخرى . وهذه الحالات ثلاثة أساسية ، وهى الآتية :

(أ) الوفاء الجزئى : إذا لم يؤد الموفى للدائن إلا بعض الدين ، ما كان له أن يحل محله إلا بقدر ما دفعه . وهكذا يكون الحلول هنا ناقصا فى مداه .

ولا يقتصر الأمر على ذلك ، بل إن الحلول هنا يتمثل ناقصاً من وجه آخر، في الحالة التي يظل فيها باقي الدين مستحقا للدائن الأصلي. فإذا كان الموفي يحل محل الدائن بقدر الجزء الذي وفاه ، إلا أنه لا يسوغ له أن يتمسك بهذا الحلول إضراراً بالدائن. فهذا الأخير يتقدم على الموفي في استيفاء الباقي له من الدين ، مالم يتفق على خلافه. وفي ذلك تقضي المادة ٣٣٠/١ بأنه : « إذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدما على من وفاه ، مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » .

ومثال الحالة التي نحن بصددها أن يكون هناك دين مقداره ١٠٠ جنيه مضموناً برهن ، ويدفع شخص غير المـــدين ممن يثبت لهم حق الحلول خمسين جنيها للدائن ؛ هنا يحل الموفي محل الدائن في حقه بقدر مادفعه ، أي في حدود خمسين جنيها ؛ ومن شأن هذا الحلول أن يفيد من الرهن ؛ وكان الأصل أن يفيد منه على قدم المساواة مع الدائن ، بحيث يوزع ثمن المرهون عليهما قسمة غرماء بنسبة دين كل منهما ؛ ولكن القانون خرج على هذا الأصل ، مقرراً أفضلية الدائن على الموفي في استيفاء ما بقي له من دينه ؛ فإذا بيع المرهون بثمانين جنيها ، أخذ الدائن باقي المستحق له أولا ، أي خمسين جنيها ، ولا ينال الموفي إلا ما يتبقى ، أي ثلاثين جنيها .

ولا تثبت الأفضلية على الموفي بجزء من الدين بالنسبة إلى الجزء الآخر ، إلا طالما بقي هذا الجزء الآخر للدائن . فإذا جاء شخص آخر ودفع للدائن الجزء المتبقي من دينه ، وحل محله بالنسبة إليه ، زالت الأفضلية التي كانت ثابتة من قبل للدائن ، وتساوى من حل محل الدائن أولا مع من حل محله أخيراً ، بحيث أنهما يخضعان لقسمة الغرماء (المادة ٣٣٠/٢). ويسري هذا الحكم، حتى لو اتفق الدائن مع من حل محله في الجزء الأخير من حقه على منحه الأولية على من دفع الجزء الأول إذ هذا الاتفاق لا يسري على هذا الأخير ما لم يقره ، لكونه أجنبيا عنه .

(ب) الوفاء الحاصل من الملتزم بالدين مع غيره : الحلول القانونى يثبت ، كما رأينا ، للملتزم بالدين مع غيره ، إذا وفاه للدائن (المادة ٣٢٦ ا) . وهذه هى حالة المدين المتضامن والمدين مع غيره فى دين لا يقبل الانقسام . والحلول هنا ناقص . إذ أنه لا يثبت للموفى كل ما كان للدائن من حق ، حتى لو دفعه له بتمامه . فهو يحل محل الدائن فى هذا الحق ، بعد خصم حصته منه . بل إنه لا يحل محل الدائن، بالنسبة إلى الباقى بعد خصم حصته ، إلا باعتباره منقسماً على شركائه فى الدين بقدر حصة كل واحد منهم فيه ، مع نصيبه فى حصة المعسر إن وجد . وهكذا ينتهى الأمر ، كما سبق أن بيناه فى حينه ، إلى أن المدين المتضامن والمدين مع غيره فى دين لا يقبل الانقسام ، لا يرجع على كل من شركائه ، إلا بقدر حصته وبنصيبه من حصة المعسر، إن وجد ، حتى لو كان رجوعه بدعوى الحلول محل الدائن .

(ح) الوفاء الحاصل من الحائز : إذا وقع الوفاء من حائز العقار المرهون ، حل محل الدائن فى حقه بقوة القانون ، كما بينا . وحلول الحائز محل الدائن ناقص من الوجهين الآتيين :

١ — إذا تعدد الحائزون للعقارات الضامنة للدين ، فلا يكون لمن يوفيه منهم أن يرجع على غيره بكل حق الدائن ، وإنما يرجع عليه فقط بنسبة قيمة عقاره إلى قيم باقى العقارات المملوكة للحائزين الآخرين ، ومن بينها العقار المملوك له شخصياً (المادة ٣٣١) . فإذا رهنت عشرة أفدنة ، مثلا ، ضماناً لدين قدره ١٠٠٠ جنيه ، ثم اشترى (ا) أربعة أفدنة ، واشترى (ب) الستة الأفدنة الباقية ، وقام (ا) بالوفاء بالدين كله ، ما حق له أن ينفذ على عقار (ب) إلا بمبلغ ٦٠٠ جنيه .

هكذا يبين أن الحائز ، وإن كان له حق الحلول محل الدائن الذى وفاه دينه ، إلا أنه لا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على غيره من الحائزين

إلا بنسبة أنصبائهم . وبذلك يتشابه رجوع الحائزين فيما بينهم مع رجوع المدينين المتضامنين فيما بينهم[1] .

٢ — لا يكون للحائز الذى يوفى الدين ، برغم حلوله محل الدائن فيه ، أن يرجع على من كفله ، سواء أكانت كفالته شخصية أم عينية[2] . وقد تضمن القانون هذا الحكم فى المادتين ١٠٦١ و ٢/١٠٨٠ منه .

٢٧٧ — الحلول لا يحرم الموفى من دعواه الشخصية

تناولنا فيما سبق الوفاء مع الحلول مبينين حالاته وأثره . والحلول ، سواء أكان قانوناً أم اتفاقاً ، لا يحرم الموفى من حقه فى رجوعه على المدين بدعواه الشخصية . فالأصل أن للموفى ، إذا كان غير المدين ، أن يرجع على هذا الأخير بمقتضى حق ثابت له شخصيا قبله ، باعتبار أنه أدى دينا عليه وأبرأ ذمته منه : ويثبت له هذا الحق فى جميع الأحوال . وإلى جانب الدعوى الشخصية ، يثبت للموفى ، فى حالات معينـــة حددناها ، حق الحلول محل الدائن ، الأمر الذى يخوله الرجوع على المـدين بنفس الدعوى التى كانت للدائن ، أو دعوى الحلول ، كما تسمى .

وهكذا فإن ثبت للموفى حق الحلول محل الدائن وأمكنه بالتالى أن يرجع بدعوى الحلول ، فإن هذا لا يحرمه من حقه الأصيل فى الرجوع على المدين بدعواه الشخصية . ويكون هنا للموفى أن يلجأ إلى هذه الدعوى أو تلك على هدى مصلحته . ولـكنه لا يسوغ له أن يجمع بينهما ، بحيث يأخذ من كل منهما ما يروقه ، ويطرح ما لا يعجبه . لأن التمسك بإحداهما يتنافى مع التمسك بالأخرى . فمؤدى الالتجاء إلى دعوى الحلول أن الموفى يعتبر الدين قائماً لم

---

(١) راجع مؤلفنا : التأمينات الشخصية والعينية ، نبذة ٣٦٢ .
(٢) أنظر ، فى تبرير هذا الحكم ، مؤلفنا السابقة الإشارة إلية ، نبذة ٣٦٣ .

ينقض وأنه حل فيه محل الدائن ، فى حين أن التمسك بالدعوى الشخصية يفيد أن الموفى يعتبر دين المدين قد انقضى ، ويريد الرجوع عليه بما دفعه عنه ، اعتباراً بأنه أبرأ ذمته من الدين الذى كان عليه .

يخلص مما سبق أنه فى الحالات التى يثبت فيها للموفى حق الحلول محل الدائن ، يكون له الخيار بين أن يرجع على المدين بدعواه الشخصية التى تؤسس على الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب على حسب الأحوال ، وبين أن يرجع عليه بدعوى الدائن أو دعوى الحلول . وفى بعض الأحيان تكون دعوى الحلول أكثر فائدة ، ويظهر ذلك على وجه الخصوص إذا كان الدين الذى حصل الوفاء به مضموناً بالتأمينات ، كرهن أو كفالة . وفى بعض الأحيان الأخرى ، تكون الدعوى الشخصية أكثر فائدة للموفى ، كما إذا كان الدين الموفى به لا يغل فائدة ، وكان الموفى وكيلا أو فضوليا فى وفائه بالدين ، إذ أن دعوى الحلول هنا لا تمنح الموفى فائدة ، فى حين أن الدعوى الشخصية تمنحه الفائدة القانونية من تاريخ الوفاء .

الفصل الثانى

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

٢٧٨ — تكلمنا فيما سبق فى الوفاء ، ورأينا أنه السبب الطبيعى لانقضاء الالتزام . وهناك أسباب أخرى تعادل الوفاء وتؤدى بدورها إلى انقضاء الالتزام . وترجع معادلة هذه الأسباب الأخرى للوفاء إلى كونها تؤدى إلى نفع الدئن بما يوازى دينه أو يقترب منه . ويحصل هذا النفع للدائن ، إما عن طريق اقتضائه شيئاً آخر بدلا من حقه ، وهذه هى حالة الوفاء بمقابل ، وإما عن طريق ثبوت حق آخر للدائن مكان حقه القديم الذى ينقضى ، وهذه هى حالة التجديد ، وإما عن طريق براءة ذمة الدائن من دين عليه فى مقابل انقضاء الحق الذى له ، وهذه هى حالة المقاصة واتحاد الذمة .

هكذا يبين أن أسباب انقضاء الالتزام التى تعادل الوفاء هى الوفاء بمقابل والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة . ونتناول كلا من هذه الأسباب فى مبحث مستقل .

المبحث الأول

الوفاء بمقابل

٢٧٩ — يحصل الوفاء العادى بأداء نفس الشىء المستحق على المدين . وقد سبق لنا أن رأينا أنه يسوغ للدائن أن يرفض الوفاء ، إذا ورد على شىء آخر غير المستحق له ، حتى لو كان هذا الشىء موازياً فى قيمته أو أكثر قيمة ولكن إذا ارتضى الدائن الوفاء بغير المستحق له ، انقضى الالتزام . بيد أن انقضاء الالتزام لا يحصل هنا بالوفاء العادى ، وإنما يحصل بسبب آخر ، هو الوفاء بمقابل .

هكذا يبين أن الوفاء بمقابل dation en paiement أو الاعتياض ، كما يسمى فى بعض الأحيان، هو إعطاء الدائن شيئاً آخر يرتضيه ، بدلا من الشيء المستحق له . ويقوم الوفاء بمقابل مقام الوفاء العادى ، من حيث أنه يترتب عليه انقضاء الالتزام . وفى ذلك تقضى المادة ٣٥٠ بأنه : « إذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق ، قام هذا مقام الوفاء » .

والوفاء بمقابل شائع فى العمل . وهو يحصل فى الغالب بقيام المدين ، فى التزام بدفع مبلغ من النقود ، بإعطاء الدائن شيئا آخر ، كحصان أو كمية محددة من القمح أو القطن ، بدلا من مبلغ من النقود الذى كان ملتزما به فى الأصل . على أن هذه الصورة ، وإن كانت هى الغالبة فى العمل ، إلا أنها ليست الوحيدة . فيصح الوفاء بمقابل قضاء للالتزامات التى يكون موضوعها شيء آخر غير النقود ، كما إذا اتفق على أنه يعطى المدين الدائن كمية من القمح بدلا من كمية القطن التى كان ملتزما بها فى الأصل ، أو يعطيه بقرة أو مبلغا نقديا بدلا من حصان . بل لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يقع الوفاء بمقابل عن طريق قيام المدين بحوالة حق له على آخر فى مقابل الوفاء بحق الدائن عليه .

٢٨٠ — شروط الوفاء بمقابل

لكى يقوم الوفاء بمقابل ، يلزم توافر الشرطين الآتيين :

١ — يجب الاتفاق بين الدائن والمدين على الاستعاضة عن محل الالتزام بشيء آخر . فالوفاء بمقابل لا يكون بغير رضاء الدائن والمدين كليهما . ويجب أن يكون هذا الاتفاق صحيحا وفقا للقواعد العامة . ويلزم فى هذا الاتفاق أن يجيء بعد نشأة الالتزام . لأنه إذا اتفق ، عند نشأة الالتزام ، على إمكان الاستعاضة فى وفائه بشيء عن آخر ، قام الالتزام من الأصل تخييريا أو بدليا على حسب الأحوال ، فإذا جاء المدين ونفذ هذا الاتفاق ، اعتبر أنه وفى الالتزام وفاء عادياً بأداء ذات موضوعه ، ولا يكون ثمة وفاء بمقابل .

٢ — يلزم أن يؤدى المدين للدائن المقابل المتفق عليه فور الاتفاق على الاستعاضة به عن موضوع الالتزام الأصلى . فلا يكفى أن يلتزم المدين بأداء هذا المقابل فى المستقبل . لأنه فى هذه الحالة الأخيرة . لا نكون بصدد وفاء بمقابل . ولكن بصدد تجديد الالتزام الأصيل بالتزام آخر يختلف عنه فى موضوعه .

٢٨١ — تكييف الوفاء بمقابل

ثار الخلاف حول تكييف الوفاء بمقابل ، وتعددت بصدده الآراء . والرأى السائد فى الفقه ، يسير على أن الوفاء بمقابل نظام مركب يقوم على عمليتين قانونيتين تحصلان فى نفس الوقت . فهو ينطوى أولا على تجديد الالتزام بآخر يحل محله ، ويكون موضوعه هو المقابل المتفق عليه . ثم الوفاء بالالتزام الجديد فور الوقت . فإذا التزم المدين ، مثلا ، بأن يدفع للدائن ١٠٠٠ جنيه . ثم قبل الدائن ، استيفاء لحقه ، سيارة بدلا من المبلغ المستحق له ، فإن ذلك ينطوى على الاتفاق على تجديد الالتزام بدفع مبلغ الألف جنيه بآخر يحل محله موضوعه هو السيارة ، ثم ينقضى هذا الالتزام الجديد فور نشوئه عن طريق الوفاء العادى ، أى الوفاء بنفس المستحق .

٢٨٢ — آثار الوفاء بمقابل

الوفاء بمقابل ينتج أثرا مزدوجا . فهو يؤدى ، من ناحية أولى ، إلى انتقال ملكية المقابل من المدين إلى الدائن . وهو من هذا الوجه ، يتشابه إلى حد كبير مع البيع . فكأن المدين هنا يبيع المقابل إلى دائنه ، نظير انقضاء الدين الذى عليه . والفارق الوحيد بين الوفاء بمقابل والبيع الحقيقى ينحصر فى أن الأخير يقوم بالضرورة على ثمن نقدى (المادة ٤١٨) ، فى حين أن الفائدة التى تعود ، فى الوفاء بمقابل ، على المدين من إعطائه الشىء للدائن هى تخلصه من الدين . وهذا الفارق لا يقدح فى اتفاق النظامين فى الأساس الذى يقومان عليه ، وهو نقل ملكية شىء نظير عوض يعطى . من اجل ذلك جاءت المادة

٣٥١ تقضى ، فى شطرها الأول ، بأنه : « تسرى على الوفاء بمقابل ، فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطى فى مقابله الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية ... » .

هكذا نخلص إلى أن الأثر الأول للوفاء بمقابل هو نقل ملكية الشيء الذى يعطى فى مقابلة الدين من المدين إلى الدائن ، وإلى أنه تسرى عليه ، فى إنتاج هذا الأثر ، أحكام البيع . فالأهلية اللازمة لصحة الوفاء بمقابل ، هى نفس الأهلية اللازمة لصحة البيع ، وليست تلك التى تكفى للوفاء بالدين ، وذلك بالنسبة إلى الدائن والمدين على السواء . وإذا استحق المقابل للغير أو ظهر فيه عيب خفى ، حق للدائن أن يرجع على المدين بما يرجع به البائع على المشترى ، أى يرجع عليه بضمان الاستحقاق أو بضمان العيوب الخفية ، على حسب الأحوال [1].

والأثر الثانى للوفاء بمقابل هو انقضاء الالتزام الذى أعطى المقابل وفاء له . وهو فى إنتاجه هذا الأثر الثانى ، يخضع لأحكام الوفاء العادى وقد تضمنت المادة ٣٥١ فى شطرها الأخير . هذا الحكم بقولها : « ... ويسرى عليه (على الوفاء بمقابل) من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء ، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات » .

فإن ترتب الوفاء بمقابل ، من ناحية أولى ، انتقال ملكية المقابل من المدين للدائن ، فهو من ناحية ثانية ، يؤدى إلى انقضاء الالتزام الذى يعطى المقابل وفاء له . وهو فى إنتاجه هذا الأثر الأخير ، يخضع لأحكام الوفاء

---

(١) وإذا كانت المادة ٣٥١ لم تذكر من أحكام البيع التى تسرى على الوفاء بمقابل إلا ما تعلق منها بالأهلية وبضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية ، فإنها لم تلجأ إلى ذلك البيان إلا على سبيل المثال لا الحصر . وعلى ذلك فأحكام البيع الأخرى تسرى بدورها على الوفاء بمقابل ، فيما يترتب عليه من انتقال ملكية الشئ الذى يعطى فى مقابلة الدين . فإذا اتفق ، مثلا ، على التزام الدائن بدفع مبلغ من النقود كمدل ، إلى جانب انقضاء الحق الذى له ، كان هذا المبلغ مضموناً بامتياز البائع على الشئ المقدم كمقابل للوفاء . أنظر فى هذا المعنى : مؤلفنا التأمينات الشخصية والعينية ، نبذة ٦٢٠ ، ٦٣٢ .

العادى . ومن أهم تلك الأحكام ، كما تقول المادة ٣٥١ ، ما تعلق بتعيين جهة الدفع ، أى تحديد الدين الذى ينقضى من بين الديون المتعددة ، وما تعلق بانقضاء التأمينات التى كانت تضمن الدين الذى قدم المقابل عنه .

فإذا تعددت الديون بين الدائن والمدين ، وأعطى هذا الأخير شيئاً فى مقابل الوفاء ، دون أن يتفق مع الدائن على تحديد الدين الذى ينقضى ، اتبع نفس الترتيب الذى بيناه فى الوفاء العادى ، عند الكلام فى خصم المدفوعات عند تعدد الديون [1] .

ويترتب على الوفاء بمقابل انقضاء التأمينات التى كانت تضمن الوفاء بالدين ، شأنه فى هذا شأن الوفاء العادى . كل ما هنالك من خلاف بين النظامين فى هذا الصدد ، أن التأمينات التى كانت تضمن الدين ، فى حالة الوفاء بمقابل ، تنقضى ، حتى لو استحق المقابل للغير ؛ فى حين أن هذه التأمينات لا تنقضى فى حالة الوفاء العادى ، إذا ثبت أن الموفى وفى الدين بشىء لا يملكه . فمن شروط الوفاء العادى ، كما سبق أن بينا [2] ، أن يكون الموفى مالكا للشىء الذى يوفى به (المادة ١/٣٢٥) ؛ فإن حصل الوفاء بشىء لا يملكه الموفى ، كان للدائن أن يطلب إبطال الوفاء ، وهنا يعتبر الدين قائماً لم ينقضى ، وتستمر التأمينات التى تضمنه . أما فى الوفاء بمقابل ، فالحكم يختلف . إذ أن التأمينات تنقضى فيه ، حتى لو ظهر فيما بعد أن المقابل كان مملوكا للغير . وقد صرح المشرع بهذا الحكم بالنسبة إلى الكفالة ، وذلك فى المادة ٧٨٣ التى تقضى بأنه : « إذا قبل الدائن أن يستوفى فى مقابل الدين شيئاً آخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشىء » . ويميل الرأى السائد فى الفقه إلى تعميم هذا الحكم على غير الكفالة من التأمينات كالرهن المقدم من المدين نفسه [3] .

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ٢٥٧ .

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ٢٥٢ .

(٣) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لقانوننا ما يؤيد هذا الرأى . فقد جاء فيها أنه يترتب على الوفاء بمقابل انقضاء الدين وما يتبعه من الملحقات (كالتأمينات مثلا) ولو استحق العوض ٢٢ . راجع الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٢٣٧ .

المبحث الثانى

التجديد والإنابة

٢٨٣ — التجديد novation هو اتفاق بمقتضاه يستبدل بدين قائم ينقضى دين جديد ينشأ ليحل محله. وهكذا يترتب على التجديد أثر مزدوج . فهو ، من ناحية ، ينهى الالتزام القديم . وهو ، من ناحية أخرى ، ينشأ التزاماً جديداً ، ليحل محل الالتزام القديم المنقضى . ومن هنا يظهر أن التجديد سبب لانقضاء الالتزام وسبب لنشأته فى آن واحد . هو يقضى التزاماً عن طريق نشأة آخر يحل محله. ومثال التجديد أن يكون هناك التزام بدفع مبلغ من النقود ، ويتفق الدائن والمدين على أن يستبدل بهذا الالتزام دين آخر يكون موضوعه إعطاء سيارة أو أرض أو منزل .

وقد كان للتجديد دور هام فى القانون الرومانى ، بسبب عدم إجازته لحوالة الحق ولحوالة المدين . فكان يلجأ إليه تحت ظله ، كلما أريد تغيير الدائن أو المدين . ولازال للتجديد دور هام فى القانون الفرنسى وغيره من الشرائع اللاتينية النزعة التى لا تجيز حوالة الدين . أما فى التقنينات الجرمانية النزعة ، فقد قلت أهمية التجديد إلى حد كبير ، بسبب إجازتها لحوالة الحق ولحوالة الدين ، إلى حد أن معظم هذه التقنينات قد أهملت التجديد إهمالا تاماً . وبرغم أن قانوننا المصرى الحالى يقر حوالة الحق وحوالة الدين ، فقد اعترف بالتجديد ، حتى فى الصورة التى يترتب عليه فيها تغيير الدائن أو المدين . وكان الأولى به ألا يبقى عليه فى هاتين الصورتين ، لما لحوالة الحق ولحوالة الدين من ميزة ظاهرة عليه فى نطاقهما ، ويقصره على الحالة التى يترتب فيها عليه تغيير ذات الدين .

وسنتكلم فى شروط التجديد ، ثم نبين كيفية حصوله ، ونحدد فى النهاية أثره .

٢٨٤ – شروط التجديد

يلزم ، لوقوع التجديد ، توافر الشروط الأربعة الآتية :

١ – وجود التزام قائم : يستهدف التجديد ، كما بينا ، قضاء التزام معين عن طريق إنشاء آخر يحل محله . فلابد إذاً من أن يكون ثمة التزام قائم يراد قضاؤه بالتجديد . فإن لم يكن هناك أى التزام ، وإنما خيل لذوى الشأن وجوده ، وقع التجديد على غير ذى موضوع ، فلا يقوم . ويسرى نفس الحكم ، لو أن العقد الذى ولد الالتزام كان باطلا بطلاناً مطلقاً (المادة ١/٣٥٣). أما إذا كان هذا العقد قابلا للإبطال ، بسبب نقص الأهلية أو تعيب الإرادة ، مثلا ، فإن الالتزام ينشأ عنه مهدداً بالزوال ؛ وهنا يقع التجديد ويبقى مصيره متعلقاً بمصير الالتزام المجدد ؛ فإن أبطل العقد وزال الالتزام المترتب عنه ، اعتبر التجديد كأن لم يكن أصلا ، لما للإبطال من أثر رجعى . على أن التجديد هنا قد ينطوى على إجازة ضمنية للعقد . ويحصل ذلك إذا ارتضاه الطرف الذى كان الابطال مقرراً لصالحه رضاء صحيحاً . ومثال هذه الحالة ، أن يقترض قاصر مبلغاً من المال ، ثم يتفق بعد بلوغه سن الرشد مع الدائن على تجديد الدين الناشىء عن القرض بآخر ؛ هنا ينطوى التجديد على إجازة ضمنية للقرض ؛ وبالتالى يصبح الالتزام المترتب عنه صحيحاً نهائياً ، فيصح الاتفاق على تجديده . وقد عبرت المادة ٢/٣٥٣ عن حكم تجديد الالتزام الناشىء عن عقد قابل للإبطال بقولها : « ٢ – أما إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال ، فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله » . وعبارة هذا النص تتسم بشىء من الغموض وعدم الدقة . وإنما المعنى الذى استهدفت هو ذاك الذى بيناه .

٢ – الاتفاق على إنشاء التزام جديد : يلزم ، لقيام التجديد ، الاتفاق على إنشاء التزام جديد يحل محل الالتزام القديم الذى ينقضى . فالدائن

فى الالتزام القائم لا يوافق على انقضائه ، إلا على أساس نشأة التزام جديد لصالحه. فإذا لم ينشأ هذا الالتزام الجديد ، بسبب بطلان العقد الذى ولده ، فإن التجديد لا يقع ، ويظل الالتزام القديم قائماً (المادة ١/٣٥٣) . أما إذا كان العقد الذى أنشأ الالتزام الجديد قابلا للإبطال ، فإن التجديد يقع ، ولكن مصيره يتعلق بمصير هذا الالتزام ؛ فإن قضى بالإبطال ، اعتبر الاتفاق على التجديد كأن لم يكن ، واستمر الالتزام القديم قائماً .

٣ — مغايرة الالتزام الجديد للالتزام القديم : رأينا فيما سبق أنه يلزم ، لوقوع التجديد ، أن يكون هناك التزام قائم يُراد بالتجديد انقضاؤه ، وأن يتفق على إنشاء التزام جديد يحل محل القديم . ويلزم بداهة أن يكون هذان الالتزامان مختلفين ومتغايرين أحدهما عن الآخر . فإن لم يقع هذا الاختلاف أو التغاير ، فلا تجديد . إذ أن الأمر هنا لا يعدو مجرد الاعتراف بالالتزام القائم أو إقرار وجوده .

ومغايرة الالتزام الجديد للقديم تحصل فى إحدى صور ثلاث : فإما أن يقع التغيير بالنسبة إلى ذات الدين ، أو بالنسبة إلى المدين ، أو بالنسبة إلى الدائن .

فالتجديد بتغيير الدين ، يحصل إذا كان الالتزام الجديد مخالفاً للقديم فى محله أو فى مصدره أو فى أى شىء آخر جوهرى . ومثال الاختلاف فى المحل ، أن يكون ثمة التزام بدفع مبلغ من النقود ، ثم يتفق الدائن والمدين على أن يستبدلا به التزاماً آخر يكون محله نقل ملكية منزل أو أرض أو سيارة [1] أو تشييد دار أو القيام بأى عمل آخر . ومثال الاختلاف فى المصدر ، أن يتفق البائع والمشترى على انقضاء حق الأخير بالنسبة إلى الثمن مقابل التزام البائع بالمبلغ كمقترض إياه ؛ فهنا تغير مصدر الدين ، فبعد أن كان ناشئاً من البيع ، أصبح ناشئاً من القرض .

(١) ويلزم هنا ألا يحصل الوفاء بالالتزام الجديد فور الاتفاق على التجديد ، وإلا كنا بصدد وفاء بمقابل

أما التجديد بتغيير المدين ، فيحصل إذا تحمل بالدين الجديد مدين آخر غير ذاك الذى كان الالتزام القديم يثقله . ومثال هذه الصورة أن يأتى المدين فى التزام قائم بشخص يقبل أن يتحمل بالتزام جديد ، على أن يتحلل هو من التزامه ، ويوافق الدائن على ذلك . ويلاحظ أنه من الممكن الحصول على تغيير المدين عن طريق آخر ، هو طريق حوالة الدين . وهذا الطريق الأخير أسلس وأكثر اتفاقاً مع مقتضيات الحال . لأنه يترتب عليه انتقال الدين بذاته إلى المدين الجديد ، فى حين أن التجديد ينهى الالتزام القديم وينشىء التزاماً آخر محله .

ويحصل التجديد بتغيير الدائن ، إذا كان الدين الجديد يثبت لدائن آخر غير ذاك الذى كان الالتزام القديم مقرراً لصالحه . وتكاد هذه الصورة من التجديد لا تصادف تطبيقاً فى العمل . وتفضلها بكثير حوالة الحق التى تؤدى بدورها إلى تغيير الدائن بطريقة أسهل وأنفع . أما سهولة حوالة الحق ، فلأنها تقع بحسب الأصل ، من غير حاجة إلى رضاء المدين ، بل برغم اعتراضه ، أما التجديد بتغيير الدائن ، فيلزم لوقوعه رضاء المدين . وأما زيادة النفع ، فترجع إلى أنه لا يترتب على الحوالة إلا مجرد انتقال الحق ذاته من الدائن الأصيل (المحيل) إلى الدائن الجديد (المحال له) ، فى حين أن التجديد يتضمن انقضاء الالتزام القديم وإنشاء التزام جديد يقوم مقامه .

٤ — يتحصل مما سبق أنه يلزم ، لوقوع التجديد ، وجود التزام قائم ، والاتفاق على إنشاء التزام جديد ، وأن يكون هذان الالتزامان مختلفان أحدهما عن الآخر فى أمر جوهرى . وهذه الأمور الثلاثة لا تكفى . وإنما يلزم أيضاً شرط رابع وأخير . وهو أن يحل الالتزام الجديد محل الالتزام القديم الذى يتفق على انقضائه . فلابد لقيام التجديد من الاتفاق على انقضاء الالتزام القديم فى مقابل الالتزام الجديد الذى ينشأ ليحل محله . فإذا كان من شأن اتفاق معين أن ينشأ التزاماً جديداً ، إلى جانب الالتزام القديم ، دون

أن يؤدى إلى انقضاء هـذا الأخير ، ما كان ثمة تجديد . وهـكذا لا يقوم التجديد فى الحالة التى يتفق فيها المدين مع أجنبى على أن يدفع الدين عنـه ، إذا لم يرتض الدائن إبراء ذمة ذاك المدين ، إذ أنه فى هذه الحالة، يقوم الالتزام الجديد مع بقاء الالتزام القديم قائماً .

٢٨٥ — كيفية حصول التجديد

بينا فيما سبق أن التجديد اتفاق بمقتضاه يستبدل بالنزام قائم التزام آخر جديد يحل محله ويختلف عنه فى أمر من الأمور الجوهرية . ونريد هنا أن نبين كيفية حصول هذا الاتفاق . وهى لا تقع دائماً فى صورة واحدة ، بل تختلف باختلاف الأمر الذى يتغير فيه الالتزام الجديد عن القديم .

فالتجديد بتغيير الدين ، كما إذا اختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم فى محله أو فى مصدره ، يحصل بالاتفاق عليه بين الدائن والمدين فى الالتزام القديم ، وهما فى نفس الوقت الدائن والمدين فى الالتزام الجديد . وفى ذلك تقضى المادة ٣٥٢ بأنه : « يتجدد الالتزام : (أولا) بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاما جديداً يختلف عنه فى محله أو فى مصدره » .

والتجديد عن طريق تغيير المدين يحصل فى صورتين . فهو يقع أولا بالاتفاق بين الدائن فى الالتزام الأصلى وأجنبى على أن يكون هذا الأخير مديناً مكان المدين الأصلى الذى يرتضى الدائن إبراء ذمته . فمجرد وقوع هذا الاتفاق بين الدائن والأجنبى يؤدى إلى تجـــديد الالتزام القائم بالتزام جديد يكون الأجنبى فيه هو المدين . ويلاحظ أن رضـاء المدين الأصلى فى هذه الصورة ليس ضرورياً ؛ بل إن التجديد يقع ، حتى ولو اعترض عليه . والصورة الثانية لحصول التجديد عن طريق تغيير المدين هى الاتفاق عليه بين المدين الأصلى والأجنبى والدائن على أن يتحمل الأجنبى لصالح الدائن بالتزام جديد

يقوم مقام الالتزام القديم الذى كان المدين الأصلي متحملا به (المادة ٣٥٢ ثانياً) .

والتجديد عن طريق تغيير الدائن يحصل بالاتفاق عليه بين الدائن والمدين وأجنبي ، على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن فى التزام جديد ينشأ مكان الالتزام القائم (المادة ٣٥٢ ثالثاً) .

٢٨٦ — التجديد لا يفترض [illegible]

القاعدة الأساسية التى تحكم التجديد هى أنه لا يفترض ، بل يجب أن يكون الاتفاق قاطعا فى الدلالة عليه . بحيث أنه لو ثار شك حول ما إذا كان قد أريد بالاتفاق إجراء مجرد تعديل فى الالتزام القائم أم استبدال غيره به ، وجب أن يفسر الشك على النحو الذى يؤدى إلى عدم وقوع التجديد . وليس نعنى بذلك ضرورة أن يجيء الاتفاق على التجديد صريحاً ؛ بل يكفى ، تطبيقاً للقواعد العامة ، أن يستدل عليه ضمنا من ظروف الحال، بشرط أن تكون هذه الظروف قاطعة فى الدلالة عليه . وفى هذا تقضى المادة ٣٥٤ بأنه : « ١ — التجديد لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صراحة ، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف . ٢ — وبوجه خاص لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته ، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة ، كل هذا مالم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

يخلص مما سبق أن التجديد لا يفترض ، بل لا بد ، للقول بحصوله ، من أن يقوم الدليل قاطعاً على انصراف نية ذوى الشأن إليه . ولا يكون الأمر كذلك إلا إذ ظهر بشكل قاطع لا يدع مجال للشك اتفاق ذوى الشأن على انقضاء الالتزام القديم وإقامة التزام جديد يحل محله . وهكذا لا يعتبر تجديداً مجرد

كتابة سند بدين موجود من قبل ، وسواء أكان هذا الدين ثابتاً من الأصل في محرر أو لم يكن كذلك . فالأمر هنا لا يعدو مجرد تهيئة دليل لإثبات الدين القائم . فإعطاء المشترى للبائع سنداً مستقلا عن عقد البيع يثبت الثمن، ولو كان هذا السند ورقة تجارية ، لا يعتبر تجديداً ، إلا إذا ظهر من الظروف وبشكل قاطع لا يدع مجالا للشك أن نية البائع والمشترى قد انصرفت إلى اعتبار دين الثمن منقضياً، عن طريق استبدال الدين الجديد به . ولا يعتبر تجديداً أيضاً تقسيط الدين القائم ، حتى لو تحرر سند مستقل عن كل قسط ، مالم تقطع الظروف باتفاق الدائن والمدين على غير ذلك . ولا يعتبر تجديداً مجرد إجراء حساب عن مبالغ الأجرة المستحقة على المستأجر ، حتى لو أثبت متجمدها في سند مستقل عن عقد الإيجار . ولا يعتبر تجديداً مجرد الاتفاق على تغيير زمان الوفاء أو مكانه ، كما إذا أدى إلى منح المدين أجلا ، أو إلى جعل الوفاء في القاهرة بدلا من الإسكندرية . ولا يعتبر تجديداً للالتزام مجرد تقديم تأمين يضمنه ، ولا مجرد النزول عن تأمين موجود . ولا يعتبر تجديداً مجرد الاتفاق على زيادة مقدار الدين أو نقصه ، ولا مجرد الاتفاق على تغيير سعر الفائدة التي يغلها . ولا يعتبر تجديداً ، في النهاية، مجرد تقييد الالتزام في حساب جاري[1] (المادة ١/٣٥٥) .

في كل الأمثلة السابقة وما يماثلها ، لا يقوم التجديد ، ما دامت النية في حصوله لا تظهر بشكل قاطع لا يكتنفه شك أو غموض . ولكن إذا ظهر في أية حالة أن النية قد انصرفت بشكل مؤكد إلى التجديد ، وجب القول بحصوله ، بشرط أن تكون قد صدرت ممن لهم الحق في إجرائه، وعلى وجه قانوني سليم . واستخلاص نية التجديد animus novandi يتعلق بالواقع ؛ ولقاضي الموضوع فيه القول الفصل .

---

(١) «وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره . على أنه إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص ، فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك (المادة ٢/٣٥٥)» .

٢٨٧ — آثار التجديد [illegible]

يترتب على التجديد أثر مزدوج . فهو يؤدى ، من ناحية ، إلى انقضاء الالتزام القديم ، ومن ناحية أخرى ، إلى إنشاء الالتزام الجديد . وفى ذلك تقضى المادة ١/٣٥٦ بأنه : « يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلى بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد » .

ويلاحظ أن الأثرين اللذين يترتبان عن التجديد مرتبطان أحدهما بالآخر . فالالتزام القديم ينقضى ، لأن الالتزام الجديد يقوم ليحل محله . والالتزام الجديد ينشأ ، ليحل محل الالتزام القديم الذى انقضى .

وإذا كان الالتزام القديم ينقضى هنا ، فهو ينقضى بكل توابعه وملحقاته وصفاته وما يرد عليه من دفوع . وكذلك تنقضى التأمينات التى كانت تضمنه ، كالرهن وحق الامتياز والكفالة ، مالم يقض القانون[1] أو الاتفاق بانتقالها إلى الالتزام الجديد (المادة ٢/٣٥٦) .

وإذا كان من شأن التجديد أن يؤدى إلى إنشاء الالتزام الجديد ، فإن هـــذا الالتزام ينشأ متميزاً عن الالتزام القديم ؛ فهو يتميز عنه فى مقوماته وفى أوصافه وصفاته وفى توابعه وملحقاته وفى دفوعه وتأميناته . فقد يختلف الالتزام الجديد عن القديم فى محله أو فى مصدره أو فى أحد طرفيه . وقد ينشأ الالتزام الجديد تجارياً ، بعد أن كان القديم مدنياً ؛ والعكس صحيح . وقد يكون الالتزام الجديد مقترناً بأجل فى حين أن القــــديم كان منجزاً أو العكس . وقد يكون الالتزام الجديد مغلا للفائدة ، فى حين أن القديم

---

(١) ومثال الحالة التى ينص فيها القانون على انتقال التأمين من الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد ، ما تقضى به المادة ٢/٣٥٥ بشأن تجديد الالتزام عن طريق قطع الحساب الجارى المقيد فيه وإقراره ؛ فهنا إذا كان الالتزام مضموناً بتأمين خاص ، بقى هذا التأمين ضامناً للالتزام الجديد ، مالم يتفق على غير ذلك .

لم يكن يغلها أو كان يغلها بسعر مختلف . ويبدأ سريان مدة التقادم بالنسبة إلى الالتزام الجديد بعد نشوئه ، أي بعد قيام التجديد ، ولا يعتد فى ذلك بالمدة التى مرت على الالتزام القديم ، لأنه انقضى ، ولأن الالتزام الجديد مستقل عنه . وقد تختلف المدة التى يتقادم بها الالتزام الجديد عن تلك التى كانت مقررة لتقادم الدين الأصلى ، ويحصل ذلك ، مثلا ، فى حالة تجديد دين الأجرة بدين آخر مصدره القرض[1] . وقد تضمن الالتزام الجديد تأمينات لم تكن تكفل الالتزام القديم ؛ كما أن القاعدة العامة هى أن التأمينات التى كانت تضمن الالتزام القديم لا تنتقل إلى الجديد .

هكذا يبين أنه يترتب على التجديد انقضاء الالتزام القديم وإنشاء التزام جديد يحل محله ، ويكون مستقلا ومتميزاً عنه . وفى هذا تكمن خطورة أثر التجديد ، ويظهر السبب الذى حدا بالمشرع إلى إملاء القاعدة التى تقضى بالتحرز فى استخلاصه والقول بأنه لا يفترض . وفى هذا أيضاً يختلف التجديد بتغيير الدائن عن حوالة الحق ، وعن الحلول محل الدائن ؛ ويختلف التجديد بتغيير المدين عن حوالة الدين ؛ وقد سبق لنا فيما مضى أن أبرزنا هذا الخلاف .

٢٨٨ — انتقال التأمينات من الالتزام القديم إلى الجديد

الأصل ، كما رأينا ، أن التأمينات التى كانت تضمن الالتزام القديم لا تنتقل إلى الالتزام الجديد . وما هذا إلا مجرد نتيجة طبيعية للتجديد . فالتجديد يقضى الالتزام القديم ؛ وما دام هذا الالتزام قد انقضى ، انقضت بدورها التأمينات التى كانت تكفله ؛ لأنها تابعة له ؛ والتابع يتبع متبوعه . ولكن القانون يخالف ، فى أحوال استثنائية ، منطق الأمور ، فيقضى ببقاء التأمينات

---

(١) فدين الأجرة يتقادم بخمس سنوات ، فى حين أن الدين الناشئ عن القرض يتقادم بخمسة عشر عاما .

التى كانت تكفل الالتزام القديم ، برغم انقضائه ، ويقرر انتقالها ، لتضمن الالتزام الجديد . وهو ، فى تقرير هذا الحكم الاستثنائى ، يستجيب إلى مجرد الاعتبارات العملية التى دفعته إلى رعاية مصلحة الدائن بضمان حقه الجديد بنفس التأمين الذى كان يضمن الحق القديم المنقضي .

ويلاحظ أن التأمين فى الحالات الاستثنائية التى نحن بصددها ينتقل إلى الالتزام الجديد ، ولا ينشأ لصالحه ابتداء . ولهذا الاعتبار أهمية بالغة ، لا سيما بالنسبة إلى التأمينات العينية . فلو كان هناك رهن ، مثلا ، يضمن الالتزام القديم ، فإن الرهن ينتقل لضمان الالتزام الجديد بنفس مرتبته ، فى حين أنه لو كان ينشأ ابتداء ، لأخذ مرتبة جديدة متأخرة .

وانتقال التأمينات من الالتزام القديم إلى الجديد لا يكون إلا فى الأحوال التى يجيزها القانون ، وفى غير توسع فيها أو قياس عليها . لأن هذا أمر استثنائى ، والاستثناء لا يتوسع فى تفسيره ولا يقاس عليه . وقد يقرر القانون مباشرة انتقال التأمين ، كما هو الحال فى المادة ٢/٣٥٥ بشأن قطع الحساب الجارى وإقراره . وهو يقرر انتقاله أيضاً بمقتضى الاتفاق فى حالات معينة وبشروط خاصة .

ويختلف الحكم ، بالنسبة إلى انتقال التأمينات بمقتضى الاتفاق ، باختلاف ما إذا كانت مقدمة من المدين نفسه ، أو مقدمة من الغير . ونتناول هاتين الحالتين على التوالى :

٢٨٩ — الاتفاق على انتقال التأمينات المقدمة من المدين بمقتضى م ٣٥٧

بمقتضي المادة ٣٥٧ ، يجوز الاتفاق على نقل التأمينات المقدمة من المدين والتي كانت تضمن الالتزام القديم لتصبح ضامنة للالتزام الجديد ، وذلك بالشروط الآتية :

أولا : يجب أن يكون التأمين الذى يتفق على انتقاله تأميناً عينياً مقدماً من المدين . وهذا الشرط يستخلص من المادة ٣٥٧/١ التى تقضى فى مستهلها بأنه : «إذا كانت هناك تأمينات عينية قدمها المدين ... » . وبهذا الشرط تنحصر التأمينات المقدمة من المدين والتى تنتقل بالاتفاق فى الرهن بنوعيه ، الرسمى والحيازى . فالرهن وحده هو الذى يقدم من المدين . وهكذا لا يمكن الاتفاق على انتقال الحق فى الحبس الذى كان يضمن الالتزام القديم إلى الجديد ، لأنه من ناحية تأمين شخصى وليس عينياً ، ولأنه من ناحية أخرى غير مقدم من المدين ، ولكن القانون هو الذى يقرره مباشرة . وكذلك لا يمكن الاتفاق على نقل حق الامتياز الذى كان يضمن الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد ، لأنه مقرر من القانون مباشرة لصفة خاصة فى الدين الذى كان يضمنه [1] . والظاهر أيضاً أنه لا يجوز الاتفاق على نقل حق الاختصاص ، لأنه يتقرر بإذن المحكمة ، فهو بدوره ليس مقدماً من المدين .

ثانيا : ويلزم أن يتفق على انتقال التأمين فى نفس الوقت الذى يحصل فيه التجديد ، وإلا كان هذا الانتقال غير سار فى مواجهة الغير (المادة ٢/٣٥٧) . وحكمة لزوم هذا الشرط واضحة . إذ أنه لو اتفق على انتقال التأمين فى وقت لاحق لحصول التجديد ، لوقع هذا الاتفاق على تأمين انقضى بالفعل من قبل ، والذى مات لا ينتقل . ويلزم للاحتجاج على الغير بالاتفاق على انتقال التأمين أن يكون ثابت التاريخ . وأن يؤشر به على هامش قيد الرهن ، إذا ورد على عقار .

ثالثا : يجب ألا يترتب على انتقال التأمين إلحاق ضرر بالغير . فإن كان من شأنه ذلك ، ما سرى على الغير إلا فى الحدود التى يمتنع فيها الإضرار بهم . ومثال هذه الحالة ان يكون مقدار الدين القديم ١٠٠٠ جنيه ، والدين الجديد

(١) أنظر فى هذا المعنى : أستاذنا السنهورى ، الوسيط ج ٣ نبذة ٥٠٦ .

١٥٠٠ جنيه ؛ فهنا لا ينتقل الرهن إلى الدين الجديد ، فى مواجهة الغير ، إلا فى حدود مقدار الدين القديم ، أى فى حدود الألف جنيه .

رابعاً : ويلزم ، فى النهاية ، أن يجىء الاتفاق على نقل التأمين من الأشخاص الذين يخولهم القانون حق إجرائه . وقد بينت المادة ٣٥٧/١ هؤلاء الأشخاص . وهم يختلفون باختلاف التغيير الذى يحصل التجديد على أساسه ؛ وذلك على النحو الآتى :

(ا) إذا كان التجديد بتغيير الدين ، حصل الاتفاق على نقل التأمين من الدائن والمدين ؛ أى من نفس الشخصين اللذين يقع منهما الاتفاق على التجديد ذاته .

(ب) إذا كان التجديد بتغيير المدين ، حصل الاتفاق على نقل التأمين من الدائن والمدين الجديد ، دون حاجة إلى رضاء المدين القديم . ويلاحظ أن التجديد ذاته يحصل فى هذه الحالة ، إما بالاتفاق عليه بين الدائن والمدين الجديد ، وإما بالاتفاق عليه بين هذين وبين المدين الأصلى . أما نقل التأمين ، فهو يتم فى الحالتين ، دون حاجة إلى رضاء المدين الأصلى .

(حـ) إذا كان التجديد بتغيير الدائن ، حصل الاتفاق على نقل التأمين بين الدائن القديم والمدين والدائن الجديد ؛ وهم نفس الأشخاص الذين يحق لهم الاتفاق على إجراء التجديد ذاته .

٢٩٠ — انتقال التأمينات المقدمة من الغير

يجوز الاتفاق على نقل التأمينات المقدمة من غير المدين ، سواء أكانت شخصية أم عينية ، من الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد . وإنما يلزم هنا دائماً رضاء من يتحمل بالتأمين [1] . ويتمثل التأمين الشخصى المقدم من غير

(١) يلاحظ أن القانون لا يصرح باستلزام صدور رضاء الغير بانتقال التأمين ، إلا إذا كان هذا الغير هو الذى قدم التأمين ، كالكفيل . وقد يتبادر إلى الذهن أن هذا الحكم لا يسرى بالنسبة إلى الحائز ، وهو الذى تنتقل إليه ملكية العقار الذى رهن فى الأصل من المدين . وقد يؤيد هذا الرأى ما جاء فى المادة ٣٠٧ التى تسمح بانتقال الرهن المقدم من المدين بصفة عامة . ولكننا

المدين فى الكفالة الشخصية وفى التضامن . أما التأمين العينى المقدم من غير المدين ، فيتمثل فى الكفالة العينية . وقد ركز المشرع حكم انتقال التأمين المقدم من غير المدين فى المادة ٣٥٨ التى تقضى بأنه : « لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة عينية كانت أم شخصية ، ولا التضامن إلا إذا رضى الكفلاء والمدينون المتضامنون » .

فالكفيل الذى كان يضمن الالتزام القديم ، سواء أ كانت كفالته شخصية أم عينية ، لا يضمن الالتزام الجديد إلا برضاه . وإذا اتفق أحد المدينين المتضامنين وحده على تجديد الدين التضامنى بآخر يحل محله ، ما التزم الباقون بالدين الجديد ، إلا إذا ارتضوا التحمل به .

٢٩١ — الإنابة :

الإنابة délégation نظام قانونى مؤداه أن يتفق الدائن والمدين فى التزام معين مع أجنبى عن هذا الالتزام على أن يقوم هذا الأخير بالوفاء به مكان المدين . أو هى تتم ، كما تقول المادة ١/٣٥٩ « إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين » . فالمدين هنا يأتى بشخص معين، ويتفق معه على أن يقوم بالوفاء بالدين مكانه ، ويرتضى الدائن هذا الأمر . وهكذا تقع الإنابة بين أطراف ثلاثة يلزم موافقتهم جميعا عليها ؛ وهؤلاء هم : المدين ويسمى المنيب ، والأجنبى الذى يلتزم بالوفاء بالدين مكان المدين ويسمى المناب ، والدائن ويسمى المناب لديه . ومثال الإنابة أن يكون (ا) دائناً لـ(ب) ؛ ثم يتفقان مع أجنبى (حـ) على أن يقوم بالوفاء بالدين مكان (ب) .

والغالب أن تكون هناك علاقة مديونية سابقة بين المنيب والمناب ، أي بين (ب) و (حـ) فى المثال السابق ، كما لو كان الأول قد باع للثانى مالا

= نرى مع ذلك وجوب رضاء حائز العقار المرهون ، لكى ينتقل الرهن الذى يثقل عقاره إلى الالتزام الجديد . لأنه لا يوجد هنا مبرر للتفرقة بين الحائز والكفيل العينى . فضلا عن انتقال التأمين حكم استثنائى ؛ فإن ثار شك حول حصوله ، وجب أن يفسر هذا الشك على النحو الذى يقتضى نفيه .

وأصبح هذا الأخير مديناً بالثمن ؛ فـ(حـ) هنا يقبل الإنابة ، اعتباراً بأنه إذا دفع الدين الذى لـ(ا) على (ب) ، فهو يدفعه خصماً من الثمن الذى لهذا الأخير عليه . على أن هذا الأمر ، وإن كان يغلب فى العمل ، إلا أنه ليس ضرورياً . فقد يقبل المناب الإنابة ، دون أن يكون مديناً للمنيب ، كما إذا أراد أن يتبرع له بما يوفيه عنه للمناب لديه ، أو أن يرجع عليه به فيما بعد . وفى هذا تقضى المادة ٢/٣٥٩ بأنه : «ولا تقتضى الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبى» .

٢٩٢ — الإنابة الكاملة والإنابة الناقصة

رأينا أن الإنابة هى اتفاق بين الدائن والمدين وأجنبى على أن يقوم هذا الأخير بالوفاء بالالتزام مكان المدين . والأصل أن التزام الأجنبى (المناب) بالوفاء بالدين يقوم إلى جانب التزام المدين (المنيب) بالوفاء به . وهنا يصبح للدائن (المناب لديه) مدينان يلتزمان بأداء نفس الالتزام ، من غير أن يكونا متضامنين ، بدلا من واحد . وهذه هى الإنابة الناقصة أو القاصرة .

وقد يحصل فى بعض الأحيان أن يتفق المتعاقدون فى الإنابة على أن يستبدلوا بالالتزام الأصلى التزاماً جديداً يكون المناب فيه هو المدين مكان المنيب . وفى هذه الحالة ، تكون الإنابة تامة كاملة . وهى تنطوى ، كما هو ظاهر ، على تجديد للدين بتغيير المدين . وفيها تبرأ ذمة المنيب نهائياً قبل المناب لديه (المادة ١/٣٦٠) الذى يصبح مدينه هو المناب [١] .

وانطواء الإنابة الكاملة على تجديد الالتزام بتغيير المدين هو الذى حدا بالمشرع إلى أن يذكر أحكام الإنابة كلها مع التجديد ، برغم أن الإنابة فى صورتها الناقصة تقع غريبة عن التجديد تماماً .

---

(١) والإنابة الكاملة نادرة الوقوع فى العمل . لأنه يغلب ألا يقبلها الدائن ، حتى يحتفظ بمدينه القديم (المنيب) إلى جانب مدينه الجديد (المناب) ، لما فى ذلك من زيادة فرصة استيفاء دينه ، على وجه يقترب كثيراً من الكفالة .

ويلزم ، لوقوع الإنابة الكاملة التى تنطوى على التجديد وعلى إبراء ذمة المنيب ، أن يكون التزام المناب صحيحاً ، وألا يكون المناب معسراً وقت الإنابة . فإن تخلف أحد هذين الشرطين ، ماوقع التجديد ، وبقى المنيب ملتزماً بالدين (المادة ٣٦٠/١) .

وتمشياً مع أحكام التجديد ، يلزم للقول بحصوله ومن ثم للقول بوقوع الإنابة الكاملة ، أن يكون الاتفاق قاطعاً فى الدلالة على إبراء ذمة المنيب وقيام التزام جديد يتحمل به المناب لصالح المناب لديه . فكما أن التجديد العادى لا يفترض ، فالتجديد فى الإنابة لا يفترض بدوره . فإن لم يكن الاتفاق قاطعاً فى الدلالة عليه ، قام التزام المناب إلى جانب التزام المنيب (المادة ٣٦٠/٢) ، وكانت الإنابة بالتالى ناقصة .

٢٩٣ — إلإنابة تتضمن التزاماً مجرداً

سواء أكانت الانابة كاملة أم ناقصة ، فإن التزام المناب بالوفاء بالدين للمناب لديه مكان المنيب يقع مجرداً عن سببه ، مالم يتفق على غير ذلك . فالأصل العام هو ضرورة استناد الالتزام التعاقدى إلى سبب يكون بمثابة الدافع المستحث الذى يدفع المدين إلى ارتضاء التحمل به ، بحيث أنه لو تخلف هذا السبب أو كان غيرمشروع ، ما نشأ الالتزام . ولكن التزام المناب يشذ عن هذا الأصل العام ، ويبقى صحيحاً ، حتى لو انعدم سببه أو كان هذا السبب مخالفاً للنظام العام أو لحسن الآداب . وعلى هـذا فالمناب يبقى ملتزماً بالوفاء بالدين للمناب لديه ، حتى لو كان التزامه هو قبل المنيب الذى دفعه لقبول الإنابة باطلا ، أو حتى لو أراد ، بقبول الإنابة ، التبرع للمنيب ، مدفوعاً بسبب غير مشروع . ولا يكون للمناب هنا إلاالرجوع على المنيب بما يدفعه عنه ، تطبيقاً للقواعد العامة فى الإثراء بلا سبب . وكذلك لايسوغ للمناب أن يتمسك فى مواجهة المناب لديه بالدفوع التى كان يسوغ له التمسك بها فى مواجهة المنيب . وذلك كله مالم يوجد اتفاق يقضى بغيره (أنظر المادة ٣٦١) .

المبحث الثالث

المقاصـــة

٢٩٤ — المقاصة compensation نظام قانونى يفترض وجود شخصين كل منهما دائن للآخر ومدين له فى نفس الوقت ، فيتقاص الدينان ، بمعنى أنهما ينقضيان ، فى حدود الأقل منهما . ومثال ذلك أن يقرض (ا) ١٠٠ جنيه لـ (ب) ، ثم يبيع (ب) سيارته لـ (ا) بمبلغ ١٥٠ جنيها ؛ هنا نجد (ا) دائنا لـ (ب) بمائة ومدين له بمائة وخمسين ، ونجد (ب) دائنا لـ (ا) بمائة وخمسين ومدينا له بمائة ؛ وهكذا يتقابل الدينان ، فينقضيان بالمقاصة فى حدود الأقل منهما ، الأمر الذى يترتب عليه انقضاء كل حق (ا) الناشىء من القرض ، وانقضاء حق (ب) فى الثمن بمقدار مائة ، فلا يبقى منه إلا خمسون .

والمقاصة ، كما هو ظاهر ، سبب لانقضاء الالتزامات . وهى تقضى الالتزام بحق المدين على الدائن . فبدلا من أن يدفع المدين الدين لدائنه ، يتخلص منه عن طريق اقتطاع قيمته من الحق الذى له على هذا الدائن .

ويلاحظ أن المقاصة تنفرد من بين أسباب انقضاء الالتزامات ، بأنها تقضى فى نفس الوقت التزامين إثنين ، وليس التزاما واحداً فحسب ، وإن وقع انقضاء أحدهما جزئياً ، إذا زادت قيمته عن الآخر : فى المثال السابق ذكره ، نجد أنه قد ترتب على المقاصة انقضاء الالتزام الذى لـ (ا) على (ب) والالتزام الذى لـ (ب) على (ا) ، فى حدود أقلهما قيمة .

٢٩٥ — وإذا كان الدور الأساسى الذى تلعبه المقاصة يتمثل فى انقضاء الدينين المتقابلين فى حدود الأقل منهما ، فهى تلعب دوراً آخر ، يتمثل فى إحاطة الدائن بالضمان فى استيفاء حقه . فلو لم يوجد نظام المقاصة ، لتحتم أن يقوم الشخص بأداء ما عليه لدائنه ، حتى لو كان له حق قبله ، على أن يطالب بهذا الحق فيما بعد . وهنا يتعرض هذا الشخص ، فى المطالبة بحقه ، لمزاحمة الدائنين الآخرين لمدينه ، بحيث أنه لو كان هذا الأخير

معسراً ، ما استطاع أن يستوفى حقه ، أو ما استطاع أن يستوفيه كاملا . وهكذا نصل ، بغير نظام المقاصة ، إلى أن الشخص يدفع ما عليه ، ثم يتعرض لضياع ما له . ولكن المقاصة تدرأ عن الشخص هذا الخطر ، وتحيطه فى استيفاء حقه بالضمان ، فى حدود الدين الذى عليه . فهو يقتضى حقه من هذا الدين . وبهذا يستأثر ، فى اقتضاء حقه ، بحق المدين عليه ، دون غيره من باقى دائنى هذا الأخير ، فيتقدم عليهم فى هذا المجال ، ويخلص إلى نفس النتيجة التى كان ليصل إليها لو أن الحق الذى له كان مضموناً برهن أو امتياز على الحق الذى للمدين عليه . من أجل هذا يقال إن المقاصة أداة ضمان ، زيادة على كونها أداة وفاء .

٢٩٦ — وللمقاصة أهمية بالغة فى العمل . فهى بعد الوفاء ، أبرز أسباب الانقضاء وأكثرها شيوعا فى العمل ، لا سيما فى مجال العلاقات البنكية والتجارية .

وترجع أهمية المقاصة إلى أنها أداة سلسلة سهلة لانقضاء الالتزامات . فبدلا من أن يدفع الشخص الدين الذى عليه لدائنه ، ثم يطالب هذا الأخير بأن يدفع له بدوره حقه قبله ، تؤدى المقاصة إلى انقضاء الدينين كليهما ، فى حدود الأقل منهما ، دون أن يدفع هذا أو ذاك شيئا[1] .

٢٩٧ — ونتناول أحكام المقاصة ، مبينين شروط وقوعها ، وكيفية هذا الوقوع ، ثم الأثر المترتب عليها .

٢٩٨ — شروط وقوع المقاصة

قوام المقاصة تقابل دينين بين شخصين ، بحيث يكون كل من هذين الشخصين دائنا للآخر فى أحد الدينين ومدينا له فى الثانى . بيد أن كل تقابل

---

(١) ولأهمية المقاصة فى العلاقات بين البنوك ، توجد هيئة يطلق عليها غرفة المقاصة ، وهى تقوم بإجراء حساب ما لكل بنك على آخر من حقوق وما عليه له من ديون ، ثم تجرى المقاصة بين هذه وتلك ، بحيث لا يدفع أحدهما للآخر إلا ما يفيض من ديونه على حقوقه .

من هذا النوع لا يؤدى إلى المقاصة . وإنما يلزم أن تتوافر فيه شروط خاصة . وترتد هذه الشروط إلى فكرة أساسية واحدة ، هى انطواء المقاصة على وفاء مزوج بالدينين المتقابلين ، في حدود الأقل منهما ، بحيث يوفى كل منهما بالآخر . فلابد إذن ، لوقوع المقاصة ، من أن تتوافر شروط معينة، من شأنها جعل الوفاء المزدوج بالمدينين المتقابلين ممكناً قانوناً . وهذه الشروط هى الآتية :

أولا — اتحاد الدينين فى المحل أو الموضوع . لاتقع المقاصة إلا بين دينين متحدين فى المحل أو فى الموضوع . وحكمة هذا الشرط واضحة إذ أن المقاصة تنطوى ، كما بينا ، على وفاء مزدوج بالدينين المتقابلين ، بحيث يوفى كل منهما بالآخر . والوفاء يحصل بأداء نفس موضوع الالتزام .

ومؤدى اتحاد الدينين المتقابلين فى الموضوع أن المقاصة القانونية، أى تلك التى تقع بحكم القانون والتى نعرض الآن أحكامها ، لا تكون إلا فى حالتين اثنين ، لا ثالث لهما ، وهاتان الحالتان هما الآتيتان :

(ا) أن يكون موضوع كل من الدينين مبلغاً من النقود . وهذه هى الصورة الغالبة لوقوع المقاصة فى العمل .

(ب) أن يكون موضوع كل من الدينين مثليات متحدة فى النوع والجودة، كـكمية من القطن الأشمونى ماركة جود ، أو كمية من القمح المصرى عيار ٢٣ قيراط .

هاتان هما الحالتان الوحيدتان اللتان تقع فيهما المقاصة ، على فرض توافر الشروط الأخرى التى سنبنيها حالا . لأن فيهما وحدهما ، يقع التماثل بين موضوعى الالتزامين المتقابلين ؛ وهو الشرط الأساسى لوقوع المقاصة .

أما فى الحالات الأخرى ، فلا تقع المقاصة ، مهما كان الشبه قوياً بين موضوعى الالتزامين المتقابلين . فالشرط الأساسى هو التماثل بين موضوعى الالتزامين . ولا يكفى مجرد التقارب بينهما ، حتى لو كان كبيراً . وهكذا

لا تقع المقاصة بين دين بمبلغ من النقود ودين آخر بإعطاء كمية من القمح أو القطن . وهى لا تقع أيضا بين دينين موضوع أحدهما إعطاء كمية من القطن وموضوع الثانى كمية من القمح . بل إنها لا تقع إذا كان موضوع أحد الدينين هو إعطاء كمية من القطن الأشمونى وموضوع الثانى إعطاء كمية من القطن المنوفى ، أو حتى لو كان موضوع كل من الدينين هو إعطاء كمية من القطن الأشمونى ، ولكن على خلاف فى درجة الجودة .

هكذا نخلص إلى أن الشرط الأول لوقوع المقاصة هو أن يكون موضوع كل من الالتزامين المتقابلين نقودا أو مثليات متحـــدة فى النوع والجودة (المـادة ١/٢٦٢) .

ثانياً — الخلو من النزاع : يلزم ، لوقوع المقاصة ، أن يكون كل من الدينين المتقابلين خالياً من النزاع (المـادة ١/٣٦٢) ، بمعنى الإيثار بشأنه نزاع جدى يمسه فى ذات وجوده أو فى مقداره . وعلة هذا الشرط أن المقاصة تتضمن وفاء حق الشخص على مدينه من حق هذا الأخير عليه ؛ فإذا كان حقه منازعاً فيه ، فلا يكون الوفاء به واجباً على المدين ، لاحتمال أن يكون هذا النزاع على أساس .

ويلزم بالضرورة أن يكون النزاع جدياً . فلا تمتنع المقاصة ، لمجرد أن الشخص الذى يتمسك بها ضده ينكر الدين الذى عليه كلا أو بعضاً ، إذا كان إنكاره هذا بين الفساد . وإنما لا يتحتم أن يكون النزاع قد عرض على القضاء .

والنزاع الذى يمنع من وقوع المقاصة القانونية قد يثار بشأن وجود الدين ذاته ، وقد يتناول مقداره فحسب . ومثال الحالة الأولى ، أن يطالب (ا) من (ب) أن يدفع له الدين الذى اقترضه منه ، فيتمسك (ب) بالمقاصة بين هذا الدين الذى عليه وبين حق يدعيه لنفسه على (ا) ، بمقولة أنه هذا الأخير قد تسبب بفعله الخاطىء فى إلحاق الضرر به ، ومن ثم فهو ملتزم إزاءه

بالتعويض ، فينكر (ا) ارتكاب هذا الفعل . ومثال المنازعة فى مقدار الدين ، أن يسلم (ا) ، فى المثال السابق ، بمسئوليته ، ولكنه ينازع فى مقدار التعويض المستحق عليه .

ثالثا — استحقاق الأداء : يلزم لوقوع المقاصة أن يكون كل من الدينين المتقابلين مستحق الأداء (المادة ٣٦٢/١) ، بمعنى أن يكون الوفاء به واجباً حالا . وعلة هذا الشرط ظاهرة . إذ أن المقاصة تنطوى ، كما بينا ، على وفاء مزدوج للدينين المتقابلين . فإذا كان أحد هذين الدينين غير واجب الأداء فوراً ، كانت المقاصة به سابقة لأوانها ، ومن ثم لا تجوز .

والدين يكون غير مستحق الأداء ، إذا كان معلقاً على شرط واقف لما يتحقق ، أو كان مقترناً بأجل واقف لما ينقضي . وهكذا لا تقع المقاصة إذا كان أحد الدينين المتقابلين معلقاً على شرط واقف ، طالما أن هذا الشرط لم يتحقق . ولكن إذا تحقق الشرط الواقف ، اعتبر الالتزام المعلق عليه موجوداً بأثر رجعي ؛ وهنا تقع المقاصة بأثر يستند إلى الوقت الذى يعتبر الدينان فيه أنهما قد تقابلا . أما الشرط الفاسخ، فهو لا يمنع من وقوع المقاصة. لأن الالتزام المعلق عليه يعتبر موجوداً ومستحق الأداء ، وإن كان الزوال يتهدده . فإن تحقق الشرط الفاسخ بعد التمسك بالمقاصة، زال أثرها واعتبرت أنها لم تقع ، الأمر الذى يترتب عليه عودة الالتزام المقابل ووجوب أدائه ؛ إذ أن مؤدى تحقق الشرط الفاسخ اعتبار الدين الذى كان معلقاً عليه كأن لم يوجد أصلا .

وكذلك لا تقع المقاصة إذا كان أحد الدينين المتقابلين مقترناً بأجل لما ينقضى . فإذا كان ل (ا) ، مثلا ، دين حال على (ب) وطالبه بدفعه ، ما ساغ ل (ب) أن يتمسك بالمقاصة بين هذا الدين الذى يثقله ودين آخر ثابت له على (ا) ، إذا كان هذا الدين الأخير لا يحل إلا بعد فوات أجل معين طال أو قصر . على أنه إذا كان الأجل هنا مقرراً لصالح (ب) وحده ، ساغ له أن ينزل عنه ، ويصير حقه بذلك مستحق الأداء ، قابلا للقصاص .

وإذا كانت القاعدة هى أن المقاصة لا تقع ، إذا كان أحد الدينين المتقابلين مقترناً بأجل لما ينقضي ، فإن هذه القاعدة لا ترد على إطلاقها . فتستثنى منها الحالة التى يكون الأجل فيها قد منح من القاضي ، أو أعطاه الدائن تبرعا منه . وفى هذا تقضى المادة ٣٦٢/٢ بأنه : « ٢ — ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن » .

فإذا كان لـ (ا) ، مثلا ، دين حال على (ب) ، ثم تبرع الأول للثانى بأجل بأن أمهله إلى عام مقبل ، أو منح القاضى هذا الأجل لـ (ب) ، لكى ينظره إلى ميسرة ، وبعد ذلك أصبح (ب) دائناً لـ (ا) بدين حال ؛ هنا تجوز المقاصة بين الدين الجديد الذى ثبت لـ (ب) على (ا) ، وبين الدين الثابت للأخير على الأول ، حتى لو كان الأجل الذى تبرع به (ا) أو منحه القاضى باقياً لما يحل .

هكذا نخلص إلى أنه ، استثناء من القاعدة التى تستلزم كون الدين مستحق الأداء لوقوع المقاصة به ، لا يحول دون وقوع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء بالدين ، بسبب مهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن . وعلة هذا الاستثناء واضحة . إذ أن نظرة الميسرة التى يمنحها القاضى للمدين إنما تقوم على مراعاة ظروفه السيئة التى من شأنها أن تجعل وفاءه بالدين فوراً أمراً بالغ الحرج . ويفترض نفس الأمر فى الحالة التى يتبرع فيها الدائن لمدينه بمهلة . فإذا ثبت بعد ذلك أن للمدين على دائنه حق يمكن الوفاء بالدين منه قصاصاً ، ما ساغ أن تقف المهلة الممنوحة عقبة فى الطريق ، لتخلف الحكمة من منحها .

رابعا — صلاحية المطالبة بالدينين قضاء : يلزم ، لوقوع المقاصة ، أن يكون كل من الدينين المتقابلين صالحاً للمطالبة به قضاء (المادة ٣٦٢/١) ؛ أى واجب الأداء قانوناً . والالتزام الذى يتوفر فيه هذا الشرط هو الالتزام المدنى ، دون الالتزام الطبيعى . وهكذا لا يسوغ للدائن بالتزام طبيعى أن يتمسك بوقوع المقاصة بينه وبين الالتزام المدنى الذى عليه . لأننا لو سلمنا له بهذه الرخصة ، لكان فى ذلك إجبار للمدين بالالتزام الطبيعى

بأدائه ، عن طريق انقضاء الحق المدنى الذى له ؛ ولا جبر فى تنفيذ الالتزام الطبيعى ، حتى لو حصل بطريق غير مباشر [1] .

خامساً — لزوم ألا يكون أحد الدينين من بين تلك التى يحرم القانون القصاص بها . الأصل أن المقاصة تقع إذا كان موضوع كل من الالتزامين نقودا أو مثليات متحدة فى النوع والجودة وكان كل منهما خالياً من النزاع مستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاء ، دون اعتداد بعد ذلك لطبيعة الالتزام أو مصدره . ولكن القانون يستثنى بعض الالتزامات ، مخرجا إياها من دائرة المقاصة القانونية لعله خاصة ، وهذه الالتزامات هى الآتية :

(ا) الالتزام برد شىء نزع من مالكه بدون حق : وفى ذلك تقضى المادة ٣٦٤ بأن المقاصة لا تقع : « (ا) إذا كان أحد الدينين شيئاً نزع دون وجه حق من يد مالكه وكان مطلوبا رده » . ومثال الحالة التى نحن بصددها أن يكون (ا) دائناً لـ(ب) بمبلغ من النقود أو بكمية من القمح ، ثم ينتزع منه نقوداً أو قمحا خلسة أو غصباً ؛ هنا نجد أن (ا) دائن لـ(ب) ، ثم أصبح مدينا له بشىء مماثل ؛ ولكن المقاصة لا تقع مع ذلك ؛ بسبب أن الدين الأخير يقوم على رد شىء انتزع من صاحبه بدون حق . والحكمة من تحريم المقاصة هنا هى منع الشخص من أن ينتصف لنفسه ، تمشيا مع المبدأ الأساس الذى يقوم عليه كل مجتمع متحضر ، وهو أنه لا يسوغ للشخص أن يأخذ حقه بيده ، أو يقرر العدل لنفسه بنفسه . فلو أننا أجزنا المقاصة هنا لساغ للدائن أن ينتزع من مدينه شيئاً يقابل حقه ، حتى إذا ما طالبه هـذا برده ، تمسك بالمقاصة بين ما أخذ وبين ماهو مستحق له ؛ وهكذا تكون المقاصة سبيلا للاضطراب والفوضى .

(ب) الالتزام برد الشىء المودع أو المعار : لا تقع المقاصة ، إذا كان موضوع أحد الالتزامين المتقابلين هو رد شىء مودع أو معار (المادة ٣٦٤ب).

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١٧ .

والحكمة من امتناع المقاصة هنا هى أن الشىء المودع أو المعار يعتبر أمانة فى يد الوديع أو المستعير ؛ ولا يسوغ لهذا أو لذاك أن يخون الأمانة ، ثم يتمسك بعد ذلك بالمقاصة بين التزامه برد الشىء الذى تسلمه أو بدفع التعويض عنه وبين الحق الذى له فى مواجهة من أودع الشىء عنده أو أعاره إياه .

(ح) الحق الذى لا يجوز الحجز عليه : لا تقع المقاصة إذا كان أحد الحقين المتقابلين مما لا يسوغ حجزه (المادة ٣٦٤ ج) . ومثال هذه الحالة أن يقرض شخص مبلغاً من المال لزوجته ، ثم يحكم عليه بالنفقة لها ؛ هنا يعتبر الزوج دائنا لزوجته بقيمة القرض ، وهو مدين لها بدين النفقة ؛ فالدينان يتقابلان ؛ ولكن المقاصة القانونية ، بينهما لا تقع ، ولا يستطيع الزوج التمسك بها حتى يخلص من دين النفقة الذى عليه ؛ وإنما يتحتم عليه أن يدفع لزوجته نفقتها ، ثم يرجع بعد ذلك عليها بحقه قبلها . والسبب فى ذلك أن دين النفقة لا يسوغ الحجز عليه ، كأصل عام . وعلة تحريم المقاصة هنا لا تخفى على أحد . فالمشرع يريد من تقرير عدم قابلية بعض الأموال للحجز أن تخلص هذه الأموال لأصحابها ، نظراً لأنها لازمة لحياتهم ولحياة من يعولوهم . ومؤدى المقاصة أن يحرم الدائن من حقه عن طريق وقوع القصاص بينه وبين الدين الذى عليه ، ومن ثم لا تسوغ إذا كان هذا الحق مما لا يقبل الحجز عليه . ومن ناحية أخرى ، تتمثل المقاصة عملا فى صورة حجز الدائن الذى يتمسك بها تحت يد نفسه على حق المدين عليه ، ثم استيفاء حقه منه ؛ وإذا كان الحجز لا يسوغ على حق المدين ، فكان طبيعيا أن يمنع القانون المقاصة به .

سادساً — المقاصة لا تقع إضراراً بحقوق الغير : الشرط السادس والأخير لوقوع المقاصة هو ألا يكون من شأنها الإضرار بحقوق الغير التى كسبوها على أحد الدينين المتقابلين . وفى ذلك تقضى المادة ١/٣٦٧ بأنه :

« ١ — لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير » .

وتطبيقاً لمبدأ عدم حصول المقاصة إضراراً بحقوق الغير ، لايجوز للمدين بالحق المحجوز تحت يده أن يتمسك ، إضراراً بالحاجز ، بالمقاصة بين هذا الحق وبين الحق الذى لههو على دائنه ، إذا كانت شروط المقاصة لم تتوافر إلا بعد توقيع الحجز . وفى ذلك تقضى المادة ٢/٣٦٧ بأنه : « فإذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ، ثم أصبح المدين دائناً لدائنه ، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز » .

ومثال الحالة التى نحن بصددها أن يكون (ا) دائنا لـ (ب) ، ثم يوقع (ى) ، وهو أحد دائنى (ا) حجزاً تحت يد (ب) على الحق الذى عليه لـ (ا) ؛ وبعد ذلك يصبح (ب) دائناً بدوره لـ (ا) ؛ هنا لايسوغ لـ (ب) أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز (د) ، لأن لهذا الأخير حق تعلق بالدين المحجوز عليه قبل توافر شروط المقاصة ؛ وفى إيقاعها إضرار به ، حيث إنها تؤدى إلى حرمانه من الحق الذى حجز عليه [1] .

هكذا يظهر أن الدين المحجوز عليه لا يسوغ القصاص فيه ، شأنه فى هذا شأن الدين غير القابل للحجز . وإنما يلزم ، لامتناع المقاصة بالنسبة إلى الدين المحجوز عليه ، أن يكون الحجز قد أوقع قبل أن تتوافر شروط المقاصة . أما إذا كانت هذه الشروط قد توافرت أولا ، ثم أوقع الحجز بعد ذلك ، فإن هذا الحجز لا يمنع من المقاصة ، حتى لو حصل التمسك بها فى تاريخ لاحق لوقوع الحجز . لأن التمسك بالمقاصة لا ينتج أثره من وقت وقوعه فحسب ، بل هو يستند فى إنتاج هذا الأثر إلى وقت توافر شروط المقاصة . وهكذا فى حالتنا ، يعتبر الحجز واقعاً بعد حصول القصاص ، بحيث أنه إذا كان من شأن هذا القصاص أن يقضى الدين المحجوز عليه كله ، وقع الحجز غير ذى موضوع أصلا .

---

(١) وإذا امتنع على الدائن بحق معين (ب فى المثال المذكور فى المتن) أن يتمسك بالمقاصة بينه وبين الدين الذى عليه ، بسبب حجزه تحت يده ، فإن سبيله إلى الدفاع عن مصالحه هو أن يوقع بدوره الحجز على الدين السابق ، ويشترك بذلك مع الحاجز الأول (د فى المثال المذكور فى المتن) فى توزيع قيمة الدين المحجوز ، حيث يقتسمانه قسمة غرماء .

٢٩٩ — يخلص مما سبق أنه يلزم ، لوقوع المقاصة ، أن يقع التقابل بين دينين موضوع كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة فى النوع والجودة ، وأن يكون كل من هذين الدينين خالياً من النزاع ، مستحق الأداء ، صالحاً للمطالبة به قضاء ، وألا يكون من بين الديون التى يمنع القانون القصاص بها ، وألا يكون من شأن المقاصة ، فى النهايه ، إضرار بحقوق الغير التى كسبوها على أحد الدينين المتقابلين . وهذه الشروط كافيـة لإمكان وقوع المقاصة . فلا يلزم بعدها أى شرط آخر .

فليس ضرورياً أن يتفق الالتزامان المتقابلان فى المصدر . فمن شأن المقاصة أن تقع ، « ولو اختلف سبب الدينين » ، كما تقضى المادة ١/٣٦٢ . وهكذا فالمقاصة تقع ، مثلا ، بين الدين الناشىء عن القرض وذاك الناشىء من عقد البيع ، وهى تقع بين أحد هذين الالتزامين وبين التعويض الناشىء عن الفعل غير المشروع ، بشرط أن يتحدد مقداره اتفاقاً أو قضاء ، لأنه قبل ذلك يكون غير خال من النزاع .

وليس ضرورياً أيضاً أن يتحد موضوع الالتزامين المتقابلين فى المقدار . فالمقاصة تقع بين الدينين ، ولو زاد مقـدار أحدهما على مقدار الثانى . وهى هنا تقع فى حدود الدين الأقل .

وليس ضرورياً كذلك أن يتحد الالتزامان المتقابلان فى قوة السـند المثبت لهما ، فيسوغ أن تقع المقاصة بين الدين الثابت فى ورقة عرفية ، أو حتى غير الثابت فى محرر أصلا ، وبين الدين الثابت فى ورقة رسمية أو حتى ذاك الثابت بمقتضى حكم ، ما دام أحد الدينين غير منازع فيه بشكل جدى . ولا أهمية أيضا لتمتع الدين بالتأمينات أو تجرده منها ، فالدين العادى يتقاص مع الدين المضمون بالكفالة أو بالرهن أو بالامتياز .

ولا أهمية فى النهاية لمحل الوفاء بالالتزام . فالمقاصة تقع ، ولو اختلف الالتزامان المتقابلان فى محل الوفاء بهما ، كما إذا كان أحدهما واجب الوفاء فى المنيا وثانيهما فى الاسكندرية . على أنه إذا كان من شأن المقاصة هنا أن

تلحق الضرر بمن يتمسك بها ضده ، بسبب عدم استيفائه حقه فى المكان المعين لذلك ، حق له التعويض عنـــه على الطرف الآخر (المادة ٣٦٣) . فإذا اشترى ، مثلا ، (ا) من (ب) مائة قنطار قطن تسليم الاسكندرية ، واشترى (ب) من (ا) مائة قنطار قطن من نفس النوع والجودة تسليم المنيا ، ثم طلب (ا) من (ب) بأن يسلمه القطن الذى اشتراه منه ، ساغ لـ (ب) أن يتمسك بالمقاصة ؛ ولـكن وقوع المقاصة هنا يؤدى إلى إلحاق الضرر بـ (ا) إذ هو يرى نفسه كما لو كان قد أوفى له بحقـه فى المنيا ، فى حين أنه كان من المقرر أن أن يتسلم القطن الذى اشتراه فى الاسكندرية ، ومن ثم يلتزم (ب) بأن يعوض (ا) عن الضرر الذى ناله ، ويتحدد هذا التعويض بنفقات شحن القطن ونقله من المنيا إلى الاسكندرية .

٣٠٠ — كيفية وقوع المقاصة

تقوم المقاصة ، كما بينا ، على تقابل دينين بشروط خاصة تتوافر فيهما . بيد أن مجرد هذا التقابل لا يؤدى بذاته وبمجرده إلى القصاص . وإنما يلزم لذلك أن يتمسك بالمقاصة صاحب المصلحة فى وقوعها . وفى هذا تقضى المادة ١/٣٦٥ بأنه : « ١ — لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ... » .

فالمقاصة لا تقع بقوة القانون فور توافر شروطها . وإنما يلزم لوقوعها أن يتمسك بها من له مصلحة فيها . فإن لم يحصل هذا التمسك ، بقى الدينان المتقابلان دون انقضاء . ولا يجوز للقاضي أن يحكم بوقوع المقاصة من تلقاء نفسه ، حتى لو علم من ظروف الدعوى المعروضة عليـــه بتوافر شروط إيقاعها . لأن المقاصة ليست من النظام العام . وإنمـا هى مقررة لفائدة الأشخاص الذين لهم مصلحة فى وقوعها .

والذى له مصلحة فى وقوع المقاصـة ، والذى يلزم بالتالى تمسكه بها لوقوعها ، هو المدين فى كل من الدينين المتقابلين . وكذلك يسوغ التمسك

بالمقاصة لكفيل أحد هذين الدينين المتقابلين . إذ أن للكفيل ، ولو كان متضامناً مع المدين المكفول ، أن يتمسك بجميع الأوجه التي يسوغ لهذا الأخير أن يحتج بها (المادة ٧٨٢/١) ، ومن بينها الدفع بالمقاصة [١] . أما المدين المتضامن ، فلا يسوغ له التمسك بالمقاصة بين الدين التضامني وبين حق أحد المتضامنين الآخرين على الدائن ، إلا في حدود حصة هذا المدين المتضامن الآخر من الدين التضامني (المادة ٢٨٧) ، كما سبق لنا أن بيناه في حينه [٢].

يظهر مما سبق أنه يلزم ، لوقوع المقاصة ، أن يتمسك بها من له مصلحة فيها . فإن حصل هذا التمسك ، وجب على القاضي أن يقضي بها ، ما دام قد ثبت له توافر شروطها . فالقاضي ليس حراً في الحكم بوقوع المقاصة أو بعدم وقوعها . بل يجب عليه أن يقضي بوقوعها ، ما دامت شروطها متوافرة . فكأن سلطة القاضي هنا لا تنصب إلا على التحقق من توافر شروط المقاصة . وهكذا تقع المقاصة ، إذا توافرت شروطها التي بيناها فيما سبق ، بحكم القانون ذاته ، إذا تمسك بها صاحب المصلحة فيها . فهي لا تقع بحكم القاضي ، الذي يقتصر دوره على مجرد تقرير وقوعها دون إنشائه . ومن أجل ذلك يطلق على المقاصة هنا « المقاصة القانونية » ، تمييزاً لها عن المقاصة القضائية التي ينشئها القاضي في بعض الأحوال ، عندما يتعذر وقوع المقاصة القانونية بسبب تخلف أحد شروطها ، وتمييزاً لها أيضاً عن المقاصة الاتفاقية التي تقع بالاتفاق على وقوعها ، عند تخلف أحد شروط المقاصة القانونية .

والغالب أن يحصل التمسك بالمقاصة في صورة الدفع ، بأن يطالب الدائن مدينه بالوفاء بحقه عليه ، فيدفع المدين بالمقاصة بين هذا الحق وبين الحق الذي له هو في مواجهة الطالب . ويسوغ الدفع بالمقاصة في أية حالة كانت عليها

---

(١) أنظر : مؤلفنا التأمينات الشخصية والعينية ، نبذة ١٣٨ .

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ١٦٨

الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . بل إنه يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة بعد صدور الحكم عليه بالدين ، وعند إجراء التنفيذ عليه بمقتضاه ، وسواء فى هذا أن يكون حقه الذى يطلب القصاص به قد نشأ له بعد صدور الحكم عليه بالدين أم قبل ذلك ، ما لم يتضح من سكوته عن التمسك بالمقاصة ، فى هذه الحالة الأخيرة ، نزول له عنه .

وإذا كان الغالب هو حصول التمسك بالمقاصة على صورة الدفع ، فإنه لا يوجد ثمة ما يمنع من التمسك بها فى صورة الدعوى . ويحصل ذلك إذا آثر المدين عدم التريث حتى يطالبه الدائن بما عليه له ، فيرفع دعوى يطلب فيها تقرير القصاص بين هذا الدين وبين الحق الذى له هو على دائنه .

٣٠١ — النزول عن التمسك بالمقاصة

المقاصة لا تقع ، كما بينا ، فور توافر شروطها ، وإنما يلزم لذلك أن يتمسك بها من له مصلحة فيها . وإذا كان الأمر هكذا ، تمثل طلب المقاصة مجرد رخصة للمدين ، أو لغيره ممن له الحق فيه . ولصاحب الرخصة أن ينزل عنها ، ما دامت لا تتعلق بالنظام العام . وهكذا يسوغ النزول عن المقاصة .

بيد أن النزول عن المقاصة لا يسوغ ، إلا بعد توافر شروطها ، وثبوت الحق بالتالى فيها . وفى ذلك تقضى المادة ١/٣٦٥ فى آخرها بأنه : «... ولا يجوز النزول عنها (عن المقاصة) قبل ثبوت الحق فيها » . وقد حدا بالمشرع إلى تقرير هذا الحكم ما خشاه من تسلط الدائن على مدينه وانتزاع رضائه بعدم التمسك بالمقاصة قبل نشوء حق المدين على الدائن ، أو قبل توافر شروط القصاص به . أما بعد توافر شروط القصاص ، فالمدين حر فى أن يتمسك به أو ينزل عنه .

والنزول عن المقاصة قد يقع صريحاً ، وقد يستدل عليه ضمناً من الظروف ، بشرط أن تكون تلك الظروف قاطعة فى الدلالة عليه ؛ إذ أن النزول عن الحق لا يفترض .

٣٠٢ — أثر المقاصة

إذا توافرت فى المقاصة شروطها ، وتمسك بها صاحب المصلحة فيها ، أنتجت أثرها . ويتركز هذا الأثر فى انقضاء الدينين المتقابلين ، فى حدود الأقل منهما ، لامن وقت التمسك بالمقاصة ، ولكن من وقت توافر شروطها . وفى ذلك تقضى المادة ٣٦٥/٢ بأنه : « ٢ — ويترتب على وقوع المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما ، منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة ... » .

وهكذا يترتب على التمسك بالمقاصة أثر رجعى يستند إلى وقت توافر شروطها ، أى إلى الوقت الذى تلاقى فيه الدينان المتقابلان تلاقياً موجباً للقصاص ، حتى لو كان الطرفان أو أحدهما يجهل فى هذا الوقت ثبوت حقه فيه .

ويترتب على الأثر الرجعى للتمسك بالمقاصة نتيجتان هامتان هما الآتيان :

(ا) إذا كان الدينان المتقابلان أو أحدهما يغل فائدة ، ثم وقعت المقاصة بينهما على أثر التمسك بها ، كف كل منهما عن إنتاج الفائدة ، بقدر ما انقضى منه بالمقاصة ، لا من تاريخ التمسك بالمقاصة فحسب ، بل من تاريخ توافر شروطها أيضا .

(ب) إذا كان الدين ، عند توافر شروط المقاصة به ، لم تنقض بالنسبة إليه مدة التقادم : جاز التمسك بالمقاصة به ، حتى بعد انقضاء تلك المدة ، وحتى لو تمسك المدين المتحمل به بالتقادم . وفى ذلك تقضى المادة ٣٦٦ بأنه : « إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم ما دامت هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة » .

ومثال الحالة التى نحن بصددها أن ينشأ لـ (ا) على (ب) حق فى سنة ١٩٤٠ ، ثم ينشأ لـ (ب) على (ا) حق فى سنة ١٩٥٠ ، وفى سنة ١٩٦٠ يطلب (ب)

من (ا) الوفاء بحقه عليه ؛ هنا يسوغ لـ (ا) أن يتمسك بالمقاصة بين الحقين ، برغم أنه قد انقضى على حقه هو عشرون عاما ، أى أكثر من مدة التقادم (والفرض أنها ١٥ سنة وفقا للقاعدة العامة) ، وحتى لو تمسك (ب) بتقادم هذا الحق . والسبب فى ذلك أن التمسك بالمقاصة يؤدى إلى إعمالها بأثر رجعى ، اى يؤدى إلى انقضاء الدينين ، فى حدود الأقل منهما ، من وقت توافر شروط المقاصة ؛ والفرض هنا أن تلك الشروط قد توافرت فى سنة ١٩٥٠ ، أى فى وقت كان فيه حق (ا) لازال موجوداً ؛ وهكذا فالتمسك بالمقاصة ، برغم حصوله فى سنة ١٩٦٠ ، إلا أنه يؤدى إلى اعتبار ان حق (ا) قد انقضى قصاصا بحق (ب) فى سنة ١٩٥٠ .

٣٠٣ — الوفاء بدين يجوز القصاص فيه

فى بعض الأحيان ، يتقابل دينان تقابلا مخولا طلب القصاص بينهما ، ومع ذلك يقوم المدين فى أحدهما بوفائه . من غير أن يتمسك عندئذ بالمقاصة . ونريد أن نتبين حكم هذه الحالة .

ويختلف هذا الحكم باختلاف فرضين : فإما أن يكون المدين ، عند وفائه بالدين الذى عليه يعلم بوجود حقه وبإمكان طلب القصاص به فى هذا الدين ، وإما أن يجهل ذلك .

فإن كان الفرض الأول ، اعتبر المدين متنازلا عن التمسك بالمقاصة تنازلا ضمنيا . إذ أنه لا يمكن تفسير وفائه بالدين الذى عليه برغم علمه بإمكانه طلب القصاص فيه بحقه ، إلا على هذا النحو . وقد سبق لنا أن رأينا أن النزول عن التمسك بالمقاصة سائغ ، لعدم تعلقها بالنظام العام . بيد أن المشرع لم يعمل هنا أثر النزول عن المقاصة ، على إطلاقه ، بل قيده بعض الشىء بالنسبة إلى الغير . فمؤدى النزول عن المقاصة ، لو عمل به على إطلاقه ، اعتبار الحق الذى كان يسوغ طلب القصاص به قائماً هو وملحقاته وتأميناته . ولكن

المشرع حرم صاحب هذا الحق من التمسك ، إضرار بالغير ، بالتأمينات التى تكفله . وهكذا فإن ساغ للمدين الذى وفى الدين الذى عليه ، أن يطالب بحقه ، إلا أنه لا يسوغ له الإفادة من التأمينات التى كانت تضمن هذا الحق ، إضراراً بالغير . فلا يسوغ له أن يرجع على الكفيل الذى ضمن حقه ، ولا على حائز العقار المرهون ضماناً لهذا الحق ، بل إنه لا يسوغ له الإفادة من الرهن الذى كان يضمن حقه إضراراً بالمرتهنين الآخرين الذين كانوا متأخرين عنه فى المرتبة ، ولا حتى الدائنين العاديين .

وإن كان الفرض الثانى ، أى إذا كان المدين ، عند وفائه بالدين الذى عليه ، يجهل وجود حق له يخولا له طلب القصاص به فى دينه ، عذره القانون عن عدم تمسكه بالمقاصة ، وقرر بقاء حقه بتأميناته .

هذا هو حكم الوفاء بالدين الذى كان يجوز طلب القصاص فيه بفرضيه الفرعيين . وقد ركز المشرع هذا الحكم فى المادة ٣٦٩ التى تقضى بأنه : « إذا وفى المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك إضراراً بالغير بالتأمينات التى تكفل حقه ، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق » .

٣٠٤ — حوالة الحق الذى يجوز القصاص فيه

إذا تقابل حقان تقابلا مخولا طلب القصاص بينهما ، ثم حُول أحدهما من صاحبه إلى شخص أجنبى ، فالأصل أن تلك الحوالة لا تمنع المحال عليه من التمسك فى مواجهة المحال له بالمقاصة التى كان يسوغ له التمسك بها فى مواجهة المحيل . والسبب فى ذلك أنه يسوغ للمحال عليه أن يتمسك ، فى مواجهة المحال له ، بالدفوع التى كان يجوز له التمسك بها فى مواجهة المحيل ، ومن بينها الدفع بالمقاصة . ومن ناحية أخرى ، للتمسك بالمقاصة ، كما رأينا ، أثر رجعى يستند إلى تاريخ توافر شروطها . ومؤدى ذلك أنه إذا تمسك المحال عليه بالمقاصة بعد وقوع الحوالة ، فى الفرض الذى نحن بصدده ، اعتبر الحق المحال به منقضياً كلياً أو جزئياً ، قبل حوالته . هكذا يظهر أن الأصل هو أن حوالة

الحق الذى كان يجوز طلب القصاص فيه لا تمنع المحال عليه من التمسك بالمقاصة فى مواجهة المحال له . بيد أن هذا الأصل لا يسرى على إطلاقه . فتستثنى منه الحالة التى يقبل فيها المحال عليه الحوالة بغير تحفظ منه . فهنا لا يسوغ له التمسك بالمقاصة فى مواجهة المحال له ، وفقاً لما تقضى به المادة ٣٦٨/١ .

ولا صعوبة فى الأمر ، إذا كان المحال عليه ، عند قبوله الحوالة ، يعلم بوجود حقه على المحيل المخول للقصاص ؛ إذ أن قبوله للحوالة هنا بدون تحفظ ينطوى على نزول ضمنى منه عن التمسك بالمقاصة . أما إذا كان المحال عليه عند قبوله الحوالة ، يجهل أن له الحق فى طلب القصاص ، فلا يمكن تفسير قبوله هذا على أنه يتضمن نزولا منه عن التمسك بالمقاصة . ومع ذلك ، فقد أتى نص المادة ٣٦٨/١ عاماً حارماً إياه منه ، حتى فى هذه الحالة . ولعل الشارع أراد هنا أن يؤمن المحال له من خطر تمسك المحال عليه بالمقاصة التى توافرت شروطها قبل الحوالة ، ركوناً واطمئناناً إلى قبول هـــذا الأخير إياها بغير تحفظ منه .

ويلاحظ أن حرمان المحال عليه من التمسك بالمقاصة فى مواجهة المحال له لا يكون إلا فى الحالة التى يقبل فيها الحوالة بغير تحفظ منه . فإن اقترن قبوله إياها بتحفظ يستفاد منه الإبقاء على حقه فى التمسك بالمقاصة ، بقى له هذا الحق فى مواجهة المحال له . ويسرى هذا الحكم ، من باب أولى، إذا لم يقبل المحال عليه الحوالة أصلا ، ولكنها نفذت فى حقه بإعلانه بها (المادة ٣٦٨/٢).

وإذا حرم المحال عليه من التمسك بالمقاصة فى مواجهة المحال له ، بسبب قبوله الحوالة بغير تحفظ منه ، لم يبق له إلا أن يطالب المحيل بحقه عليه . وهنا لا يجوز له ، إذا كان يعلم عند قبوله الحوالة ، بأنه يسوغ له طلب القصاص بحقه ، أن يفيد بالتأمينات التى كانت تضمنه ، إضراراً بالغير . وهذا الحكم الأخير ، وإن كان القانون لا يصرح به ، إلا أنه يستخلص بوضوح عن طريق القياس على حكم المادة ٣٦٩ .

٣٠٥ — المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

كل ما سبق بيانه حتى الآن يتعلق بالمقاصة العادية . والغالب أن يطلق عليها لفظ « المقاصة » بلا نعت ولا تخصيص . ولكن فى بعض الأحيان يطلق عليها عبارة « المقاصة القانونية » ، تأسيساً على أنها تقع بحكم القانون نفسه فور توافر شروطها ، ما دام يحصل التمسك بها من شخص له مصلحة فى وقوعها ؛ وذلك إذا ما أريد التمييز بينها وبين نوعين ثانويين ، هما المقاصة الاختيارية أو الاتفاقية والمقاصة القضائية .

والمقاصة الاختيارية هى تلك التى لا تقع بحكم القانون لعدم توافر الشروط التى بيناها ، ولكنها تقع اختياراً ، على أثر النزول عن التمسك بانتفاء الشرط الذى يحول دون وقوعها قانوناً ممن قرر هذا الشرط لمصلحته . فالقانون ، باستلزامه شروط وقوع المقاصة القانونية ، إنما يستهدف حماية أحد الطرفين أو كليهما ، على حسب الأحوال . فإذا انتفى أحد هذه الشروط ، ثم جاء من هو مقرر لصالحه ونزل عن التمسك بانتفائه ، أمكن للمقاصة أن تقع ؛ ولكنها تقع هنا اختياراً لا جبرا .

فشرط الصلاحية للمطالبة بالدين قضاء ، مثلا ، متطلب لفائدة المدين بهذا الدين . ولذلك فقد رأينا أن المقاصة القانونية لا تقع بين الالتزام الطبيعى الذى على شخص معين وبين الحق المدنى لهذا الشخص على الدائن بالالتزام الطبيعى . ولكن لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يرتضى المدين بالالتزام الطبيعى وقوع المقاصة بين هذا الالتزام وبين الحق المدنى الذى له . وهنا تقع المقاصة الاختيارية دون المقاصة القانونية . وكذلك الحال بالنسبة إلى شرط القابلية للحجز ، فهو مشروط لفائدة الدائن بالحق غير القابل للحجز عليه ، ولا يوجد ثمة ما يمنع هذا الدائن من التمسك بالمقاصة ، وعندئذ نكون بصدد مقاصة اختيارية وليست قانونية . فإذا كان للزوجة على زوجها دين نفقة ، مثلا ، ثم طالبت به زوجها ، ما ساغ لهذا الأخير أن يتمسك بالمقاصة بين هذا الدين وبين حق له على زوجته . ولكن إذا طالب الزوج زوجته

بحقه عليها ، ساغ لهذه الأخيرة أن تتمسك بوقوع المقاصة . فإن فعلت ، وقعت المقاصة الاختيارية دون المقاصة القانونية .

وإذا كان الشرط المتطلب لوقوع المقاصة القانونية مقرراً لمصلحة الطرفين كليهما ، ساغ لهما أن يتفقا على وقوع المقاصة ، برغم انتفائه . ومثال ذلك شرط اتحاد الالتزامين المتقابلين فى الموضوع . فإذا كانت المقاصة القانونية لا تقع ، مثلا ، إذا ورد أحد الالتزامين المتقابلين على كمية من القمح وورد الثانى على كمية من القطن ، لعدم اتحاد الموضوع ، فلا يوجد ثمة ما يمنع من اتفاق الطرفين كليهما على وقوع المقاصة بين هذين الالتزامين ، فينقضيان فى الحدود التى يرتضونها . وهنا تكون المقاصة اتفاقية ، اعتباراً بأنها وقعت نتيجة الاتفاق عليها .

وتتميز المقاصة الاختيارية أو الاتفاقية بأنهما لا تقع إلا من وقت التمسك بها أو الاتفاق عليها ، فى حين أن المقاصة القانونية تقع ، كما بينا ، من وقت توافر شروطها .

أما المقاصة القضائية فيقصد بها الحالة التى يكون فيها أحد الدينين المتقابلين أو كلاهما غير خال من النزاع ، ويعرض الأمر على القضاء فيحسم هذا النزاع ويقضى بالمقاصة . ومثال هذه الحالة أن يرفع (١) دعوى على (ب) يطالبه فيها بحقه عليه ، فيجيء المدعى عليه (ب) ويتقدم إلى المحكمة بطلب عارض يطلب فيه الحكم على (١) بحق يدعيه لنفسه عليه ثم إجراء المقاصة بين الحقين، فينازع (١) فى هذا الحق المدعى . فى هذه الحالة ، يسوغ للمحكمة أن تتعرض للطلب العارض ، حتى إذا ماتبينت أن لـ(ب) حقاً على (١) قضت له به ، ثم أجرت القصاص بينه وبين الحق المدعى به أصلا .

ويلاحظ أن المقاصة القضائية لا تعدو أن تكون مقاصة قانونية وقعت بعد توافر الشرط الناقص ، وهو الخلو من النزاع . وهى لا تقع على أية حال إلا بعد الحكم فى الطلب العارض بحق صاحبه . لأنه فى هذا الوقت فقط تتوافر شروط المقاصة القانونية . ولعل هذا هو السبب الذى أدى إلى إطلاق عبارة المقاصة القضائية فى حالتنا .

المبحث الرابع

اتحاد الذمة

٣٠٦ — اتحاد الذمة Confusion هو اجتماع صفة الدائن والمدين فى شخص واحد، بالنسبة إلى دين واحد . ومثال ذلك ان يكون (ا) دائناً لـ(ب)، ثم يموت الأول وينحصر إرثه فى الثانى ؛ فهنا يرث (ب) الدين الذى كان عليه لمورثه . فتجتمع فيه صفة الدائن والمدين بالنسبة إلى هذا الدين، ويصير بذلك دائناً لنفسه فيه ، فينقضى .

ويجب عدم الخلط بين اتحاد الذمة وبين المقاصة . ففى حين أن اتحاد الذمة يقوم على اجتماع صفة الدائن والمدين فى شخص واحد وبالنسبة إلى دين واحد ، تقوم المقاصة ، كما سبق أن بينا ، على تقابل دينين بين شخصين مختلفين ، بحيث يكون كل من هذين الشخصين دائنا للآخر فى أحد الدينين ومديناً له فى الثانى .

٣٠٧ — حالات اتحاد الذمة

تتحد الذمة فى كل حالة تقع فيها الخلافة فى الدين بين الدائن والمدين، سواء أوقعت تلك الخلافة بسبب الموت نتيجة الميراث أو الوصية، أو وقعت حال الحياة .

فإذا مات الدائن ، وورثه المدين ، خلف الثانى الأول فى الدين ، واجتمعت فيه بذلك صفتا الدائن والمدين ، بمعنى أنه يصير دائناً لنفسه ، فتتحد فيه الذمة . ويسرى نفس الحكم لو لم يكن المدين وارثاً للدائن ، ولكنه خلفه فى الدين الذى عليه نتيجة الوصية له به .

أما إذا مات المدين وورثه الدائن ، فاتحاد الذمة لا يقع فى قانوننا المصرى ، بخلاف ما عليه الحال فى القوانين الأوربية ، استجابة لمبدأ لا تركة إلا بعد سداد الديون . إذ أن الدين لا ينتقل فى قانوننا عن المدين إلى ورثته ، بل تبقى التركة ، محملة به إلى أن يسدد من أموالها . فالدائن هنا يستوفى دينه من أموال التركة ، قبل أن يرث المتخلف منها . وهكذا فالدين فى حالتنا ينقضى بالوفاء وليس باتحاد الذمة .

وقد يقع اتحاد الذمة حال الحياة . وأبرز مثال لذلك شراء الدولة أو الشركة السندات التى أصدرتها . فالسند يمثل ديناً على مصدره . فإن اشتراه هذا ، أصبح دائناً لنفسه ، فينقضى الدين باتحاد الذمة .

٣٠٨ — أثر اتحاد الذمة

يترتب على اتحاد الذمة انقضاء الدين[1] بالقدر الذى شمله . وفى ذلك تقضى المادة ١/٣٧٠ بأنه : « إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد ، انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة » .

فإذا شمل اتحاد الذمة الدين كله ، انقضى بتمامه . ومثال ذلك أن يموت الدائن وينحصر إرثه فى مدينه . أما إذا لم يقع اتحاد الذمة إلا بالنسبة إلى جزء من الدين ، انقضى هذا الجزء وحده دون الباقى . ومثال هذه الحالة الأخيرة ، أن يموت الدائن وينحصر إرثه فى إبنيه ، حالة كون أحد هذين الابنين هو المدين ؛ فهنا يقع اتحاد الذمة فى نصف الدين ، فينقضى منه هذا النصف ، ويبقى النصف الآخر للإبن الثانى على أخيه .

ويلاحظ أن اتحاد الذمة يتضمن فى الحقيقة مانعاً طبيعياً لاقتضاء الدين ، أكثر من تضمنه لسبب قانونى يؤدى إلى انقضائه . ويترتب على ذلك أنه « إذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعى ، عاد إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعاً ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن (المادة ٢/٣٧٠) » . ومثال هذه الحالة أن يموت الدائن وينحصر إرثه فى المدين ، ثم يقضى بحرمان هذا المدين من الميراث بسبب قتله الدائن أو اشتراكه فى قتله . ومثال هذه الحالة أيضاً أن يوصى الدائن للمدين بالدين ، ثم يقضى بإبطال الوصية . فى هاتين الحالتين ومثيلاتهما ، يزول السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة بأثر رجعى ، ويعتبر كأن لم يقع أصلا . ويترتب على ذلك أن الدين يعود بكل مقوماته وتوابعه وتأميناته .

---

(١) ويلاحظ أن اتحاد الذمة لا يقع فى الديون أو الحقوق الشخصية فحسب ، وإنما يقع أيضا فى الحقوق العينية . ومثال ذلك أن يموت مالك الرقبة فيرثه المنتفع ، أو أن يشترى صاحب العقار المخدوم بحق إرتفاق العقار الخادم ، أو أن يشترى المرتهن الشىء المرهون .

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء به

٣٠٩ – قد ينقضى الالتزام ، دون أن يرجع منه على الدائن أى غنم . ويحصل ذلك فى الإبراء واستحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبى عن المدين والتقادم . و نتناول كلا من هذه الأسباب على التوالى ، وذلك فى مبحث مستقل .

المبحث الأول

الإبراء

٣١٠ – الإبراء remise de dette هو إعفاء الدائن المدين من الدين الذى له عليه بغير عوض ، أو نزوله عنه له بغير مقابل .

والتصوير التقليدى للإبراء الذى قال به الرومان والذى سار عليه القانون الفرنسى وغيره من القوانين الأوربية ، حتى الجرمانية النزعة منها ، والذى نهج عليه بدوره قانونا المصرى القديم ، هو أن الإبراء لا يتم إلا برضاء الدائن والمدين كليهما . فوفقاً لهذا التصوير ، ينطوى الإبراء على تصرف قانونى صادر من جانبين . وأساسه أن الالتزام يقوم على رابطة تجمع بين الدائن والمدين ، فلا يسوغ أن تنفك إلا بإرادتهما المشتركة . وقد خالف تقنيننا الحالى هذا التصوير التقليدى جاعلا الإبراء يتم بإرادة الدائن وحده ، وإن منح المدين بعد ذلك الحق فى رده ، إن كان غير راغب فيه . وهكذا أصبح الإبراء تصرفاً صادراً من جانب واحد ، بعد أن كان يصدر فى القديم من جانبين وقد ساير مشرعنا ، فى هذا التصوير الجديد ، الشريعة الإسلامية .

وأساس الإبراء هو أنه يقوم على نية التبرع . فالدائن ، بإجرائه ،

يرغب فى التبرع لمدينه بالدين الذى له عليه ، عن طريق إعفائه منه [1] .
وبهذا يتميز الإبراء عن الصلح الذى يتضمن نزول الدائن عن بعض ما يدعيه ، فى مقابل تسليم المدين بالجزء الباقى ؛ فهذا الصلح ، وإن كان يقوم عن نزول الدائن عن بعض ما يدعيه ، إلا أنه لا يتضمن إبراء من هذا البعض . لأنه لا يقوم على نية التبرع للمدين به ، وإنما هو يحصل فى مقابل أن يكف هذا الأخير عن المنازعة فى الباقى .

وكذلك يتميز الإبراء العادى الذى نعنيه هنا عن الإبراء الذى يجىء ، نتيجة الصلح مع المفلس ، من نسبة محددة من ديون الدائنين ، إما لتوقى إفلاسه أو لإنهائه . فإذا قبل الدائنون النزول عن جزء من ديونهم للمفلس ، فهم لا يرغبون ذلك التبرع له بهذا الجزء ، وإنما هم يفعلونه مراعاة منهم لمصلحتهم هم ، عن طريق تمكين المدين من العودة إلى مباشرة تجارته ، طمعاً فى أن يتمكن فيما بعد من أن يؤدى لهم الباقى من ديونهم . وهكذا لا تسرى أحكام الإبراء العادى الذى نحن بصدده بيان أحكامه هنا ، على أن الإبراء الناشىء نتيجة الصلح مع المفلس . ولعل أهم أوجه الخلاف بين النظامين أنه يترتب على الإبراء العادى ، بحسب الأصل ، زوال الدين بجميع تأميناته . أما الإبراء الناشىء نتيجة الصلح مع المفلس فهو لا يقضى الدين إلا بالنسبة إلى المفلس نفسه ؛ أما الكفلاء الذين ضمنوه والشركاء فيه ، فلا يفيدون منه .

٣١١ — كيف يتم الإبراء

الإبراء ، كما بينا ، تصرف قانونى صادر من جانب واحد ، هو الدائن . وعلى هذا فهو يحصل بإرادة الدائن وحده ، دون حاجة إلى قبول المدين إياه . وهو يتم بمجرد أن يعبر الدائن عن إرادته به ويتصل هذا التعبير بعلم المدين ، تطبيقاً للقاعدة العامة التى تقضى بأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا

---

(١) ويلاحظ أن الإبراء لا يقوم إلا إذا حصل للمدين نفسه . أما إذا تنازل الدائن عن حقه لأحد غير المدين ، حتى لو كان تنازله هذا بغير مقابل ، فلا نكون بصدد إبراء ، وإنما بصدد حوالة للحق .

اتصل بعلم من وُجه إليه (المادة ٩١) . فإذا أظهر الدائن رغبته فى الإبراء من الدين ، بأى طريق من طرق التعبير عن الإرادة ، ووصل هـذا التعبير إلى علم المدين ، تم الإبراء ، وما ساغ للدائن بعد ذلك أن يرجع فيه . أما إذا رجع الدائن فى الإبراء ، قبل أن تصل إرادته به إلى علم المدين ، كان له ذلك. ويلاحظ هنا الخلاف فى الحكم ، لو أن قبول المدين كان لازماً لوقوع الإبراء . فلو كان الأمر كذلك ، لساغ للدائن أن يرجع عن الإبراء قبل أن يصدر من المدين قبول به .

وإذا كان الإبراء يتم ، بإرادة الدائن وحده ، فإن المشرع لم يرغب مع ذلك أن يفرضه على المدين فرضا . فقد قدر وبحق أن المدين قد يكون غير راغب فى الإبراء ، لما يراه من أنه يتضمن منة عليه من دائنه ، يحرص على ألا تثقله وتقيد جيده . من أجل ذلك خول القانون المدين أن يرد الإبراء بعد حصوله . فإن فعل ، عاد الدين كما كان .

على أن رد الابراء بعد حصوله ، لا يعتبر رفضاً له يحول دون قيامه أصلا . فالابراء يعتبر أنه قد تم ، بمجرد الرضاء به من الدائن ووصول هذا الرضاء إلى علم المدين . فإن رده المدين بعد ذلك ، فإن هذا الرد يتضمن تصرفاً قانونياً جديداً صادراً من جانب واحد بدوره ، ولكن هذا الجانب هنا هو المدين . وقد مكن القانون لهذا التصرف الجديد من أن يعيد الدين الذى صدر به الابراء إلى وجوده[1] .

وحيث إن رد الابراء تصرف جديد يصدر من المدين ، فيلزم لصحته توافر شروط التصرفات عامة . ومن بين هـذه الشروط توافر الأهلية فى المدين . والأهلية المتطلبة هنا هى أهلية إجراء التصرفات الضارة بصاحبها

---

(١) ويترتب على هذا التصوير أن رد الإبراء من المدين يخضع للدعوى البولصية ، شأنه فى هذا شأن الإبراء ذاته . إذ أن المدين ، برده الإبراء ، يعتبر أنه أجرى تصرفا قانونياً من شأنه أن يحمله بدين كان قد انقضى من قبل . فهذا التصرف يفقره ، ولا يفوت عليه مجرد الفرصة فى أن يغتنى . وفى هذا يتشابه رد الابراء من المدين مع رفض الوصية من الموصى له بعد موت الموصى .

ضرراً محضا . اعتباراً بأن المدين ، برده الإبراء . يحمل نفسه بلا مقابل بدين سبق له أن تحلل منه .

يخلص مما سبق أن الإبراء يتم بمجرد رضاء الدائن به . وإن كان يسوغ للمدين أن يرده . وفى هذا تقضى المادة ٣٧١ بأنه : « ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ، ويتم الابراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده » .

٣١٢ — شروط قيام الابراء

الابراء ، كما بينا ، تصرف قانونى صادر من جانب واحد هو الدائن . فيلزم ، لقيامه ، توافر الشروط التى تقضى بها القواعد العامة ، بالنسبة إلى التصرفات القانونية عموماً . فيلزم الرضاء به ، مع ملاحظة أن إرادة الدائن وحدها كافية لقيام هذا الرضاء . ويجب أن يصدر هـذا الرضاء من شخص متمتع بأهلية التبرع ؛ إذ ان الابراء ينطوى على تبرع من الدائن لمدينه . ويجب كذلك أن يكون الرضاء غيرمشوب بأحدعيوبه ، وهىالغلطوالتدليس والاكراه والاستغلال . وإلى جانب الرضاء بالابراء الصادر عن ذى اهلية وخالياً من العيوب ، يلزم أن يرد الإبراء على دين مما يجوز بشأنه . والقاعدة أنه يجوز الابراء من الديون كافة ، بغض النظر عن مصدرها أو موضوعها . ولا يستثنى من ذلك إلا الديون التى يقتضى النظامالعام بقاءها لأصحابها ، كدين النفقة قبل استحقاقه [1] . ويلزم فى النهاية أن يكون للإبراء سبب مشروع . فإن كان هذا السبب غير مشروع ، كما إذا حصل لامرأة ، بقصد الوصول إلى معاشرتها حراماً ، وقع الإبراء باطلا .

وبرغم أن الإبراء ينطوى على تبرع بالدين ، إلا أنه لا يلزم فيه أى شكل خاص ، فهو تصرف رضائى . فهو ليس هبة ، أو هو فى الأقل ليس هبة مباشرة مما تلزم الرسمية فيها . وعلى ذلك ، فالإبراء يقع صحيحاً بمجرد الرضاء به ، أياً كان الشكل الذى يرد التعبير عن الارادة فيه . بل لا يوجد

---

(١) أما بعد أن تستحق النفقة ، فلا يوجد ثمة ما يمنع الدائن بها من أن يبرىء المدين منها .

ثمة ما يمنع ، تطبيقاً للقواعد العامة ، من أن يستخلص الرضاء بالإبراء ضمناً من ظروف الحال ، بشرط أن تكون هذه الظروف قاطعة فى الدلالةعليه . إذ أن النزول عن الحق لا يفترض ولا يتوسع فى تفسير ما يؤدى إليه .

ولا يستلزم أى شكل خاص فى الابراء ، حتى لو كان الدين الذى ورد عليه قد اشترطت الرسمية لقيامه ، قانوناً أو اتفاقاً . وعلى ذلك فإذا وعد شخص آخر بأن يمنحه مبلغاً من المال تبرعاً ، فإنهذا التصرف ينطوى على وعد بالهبة ، ومن ثم يلزم لانعقاده أن يجىء فى ورقة رسمية ؛ فإن توافر هذا الشكل ، وبالتالى قام الدين فى ذمة الواعد ، ساغ للموعود له أن يحله من وعده ، بإبرائه من الدين الذى عليه ، حتىلوجاءهذ الإبراء فى ورقة عرفية .

يتحصل مما سبق أن الابراء تصرف رضائى ، ولايلزم لوقوعه أىشكل خاص ، حتى فى الحالة التى يرد فيها على التزام اشترط ، قانوناً أو اتفاقاً ، توافر شكل معينلقيامه . وفىذلك تقضىالمادة ٢/٣٧٢ بأنه: « ٢ — ولايشترط فيه (فى الابراء) أى شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون او اتفق عليه المتعاقدان » .

والابراء ، وإن لم يستلزم لقيامه أى شكل خاص ، إلا أنه ينطوى فى ذاته على تبرع من الدائن للمدين . ومن ثم فهو يخضع لجميع الأحكام الموضوعية التى تسرى على التبرعات عموماً (المادة ٢/٧٢) . فالأهلية اللازمة فيه هى أهلية التبرع ، كما رأينا . وإن صدر فى مرض الموت ، اعتبر وصية بالدين للمدين ، وسرت عليه أحكامها (المادة ١/٩١٦) . ويطعن فيه بالدعوى البوليصية ، دون حاجة إلى إثبات الغش .

٣١٣ — أثر الإبراء

إذا وقع الإبراء صحيحاً ، ولم يرتد برده من المدين ، أنتج أثره . ويتركز هذا الأثر فى انقضاء الدينفى الحدود التىصدر فيها الإبراء . فإن وقعالإبراء على الدين كله . انقضى بتمامه . وإن لم يقع إلا على جزء من الدين ، اقتصر الانقضاء عليه ، دون الجزء الباقى .

وإذا انقضى الدين نتيجة الإبراء ، زالت جميع تأميناته ، سواء أ كانت شخصية كالكفالة أم عينية كالرهن ، وسواء أ كانت مقدمة من المدين أم مقدمة من الغير . على أنه يلاحظ هنا أن لإبراء المدين المتضامن من الدين ، بالنسبة إلى باقى المتضامنين ، حكم خاص ، سبق لنا بيانه عند الكلام فى التضامن [1] .

المبحث الثانى

استحالة التنفيذ

٣١٤ — إذا استحال تنفيذ الالتزام ، بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، انقضى وبرئت ذمة المدين منه . وفى هذا تنص المادة ٣٧٣ على أنه : « ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيل عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه » .

وحكمة انقضاء الالتزام نتيجة استحالة تنفيذه لسبب أجنبى عن المدين ظاهرة . فالقاعدة أنه لا يلزم أحد بمستحيل . ثم آن الفرض أن المدين لم يخطىء ، ومن ثم فهو لا يلتزم بالتعويض . وعلى ذلك فالمدين هنا يبرأ من الدين كلية ؛ فهو لا يلتزم بالتنفيذ العينى ، لاستحالته ؛ وهو لا يلتزم بالتعويض ، لانتفاء خطئه .

ويلزم لانقضاء الالتزام هنا توافر الشرطين الآتيين :

١ — يجب أن يكون الوفاء بالالتزام قد أصبح مستحيلا ، كما إذا التزم شخص بتسليم حصان ثم نفق هذا الحصان موتاً ، وكما إذا التزم بتسليم منزل معين ثم تهدم . والمقصود هنا بالاستحالة هو تعذر الوفاء كلية . أما إذا بقى هذا الوفاء ممكنا ، ولكنه أصبح ثقيلا ومرهقا للمدين ، فإن هذا لا ينهض

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١٧٣ .

سبباً لانقضاء الالتزام ، وإن أمكن أن ينهض سبباً لتخفيف عبئه على المدين برده إلى الحد المعقول ، تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة (المادة ١٤٧) .

٢ — ويجب أن تكون استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه . والسبب الأجنبي ، كما سبق أن بيناه[١] ، هو القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ وفعل الدائن وفعل الغير ، بشرط ألا يكون للمدين يد في وقوع هذا الفعل ، ولم يكن في استطاعته تفاديه أو درء نتائجه ببذل الجهد المعقول . ويقع عبء إثبات وجود السبب الأجنبي على المدين . لأن القاعدة هي أنه على الدائن عبء إثبات وجود دينه ، وعلى المدين عبء إثبات تخلصه منه .

فإذا لم يفلح المدين في إثبات السبب الأجنبي الذي أدى إلى استحالة تنفيذ التزامه ، فإن هذا الالتزام لا ينقضي ، وإنما يستحيل موضوعه إلى تعويض ، بدلاً من التنفيذ العيني ، كما سبق لنا أن بيناه في حينه .

إذا توافر الشرطان السابقان ، انقضى الالتزام . وإذا كان هذا الالتزام ناشئاً عن عقد ملزم للجانبين ، كالالتزام الناتج من عقد البيع والقاضي بتسليم حصان نفق موتاً بعد البيع بقوة قاهرة ، انقضى بدوره الالتزام المقابل له ، وهو هنا التزام المشتري بدفع الثمن ، لتخلف سببه . وبذلك ينفسخ العقد كله .

المبحث الثاني

التقادم المسقط

٣١٥ — التقادم Prescription أو مضي المدة ، كما يسمى أحياناً ، نظام قانوني يقوم في أساسه على فوات الزمن ، ويؤدي إلى كسب الحق أو سقوطه. وهو ينقسم إلى نوعين : تقادم مكسب وتقادم مسقط . وهذان النوعان مختلفان

(١) راجع ماسبق نبذة ٤٤ .

اختلافاً أساسياً أحدهما عن الآخر ، فى طبيعة كل منهما وفى غايته . فالتقادم المكسب يقوم على استمرار واقعة إيجابية ، هى حيازة المال ، مدة من الزمن ، ويؤدى إلى كسب هذا المال . أما التقادم المسقط ، فيقوم على استمرار واقعة سلبية ، هى سكوت صاحب الحق عن اقتضائه أو مباشرته ، فترة من الوقت ، ويؤدى إلى سقوط هذا الحق .

والتقادم المكسب لا يسرى أصلا على الالتزامات . فنطاقه مقصور على الحقوق العينية ، وإن كان لا يرد عليها جميعاً[1]. أما التقادم المسقط ، فهو يسرى على الالتزامات وعلى جميع الحقوق العينية الأصلية ، فيما عدا حق الملكية .

ولن نتناول هنا ، ونحن فى معرض الكلام عن انقضاء الالتزام، التقادم المكسب . بل لن نتناول التقادم المسقط فيما يترتب عليه من سقوط بعض الحقوق العينية ، وإنما نتناوله فقط فيما يؤدى إلى انقضاء الالتزامات .

٣١٦ — والتقادم المسقط يبدو ، لأول وهلة ، نظاما بغيضا . إذ أنه يؤدى إلى سقوط الحق عن صاحبه برغم أنفه . ومع ذلك فلهذا النظام من المبررات ما حتم العمل به فى كل التشريعات المتحضرة . وتختلف هذه المبررات باختلاف الأحوال .

ولعل المبرر الأساسى لنظام التقادم المسقط فى نطاق الالتزامات ، هو الرغبة فى التيسير على المدين ، بعدم إجباره على الاحتفاظ بأدلة الوفاء إلى الأبد . فالقاعدة أن على الدائن إثبات حقه ، وعلى المدين إثبات براءة ذمته من هذا الحق . وبغير نظام التقادم ، يتحتم على المدين أن يقدم الدليل على براءة ذمته من الدين ، مهما طال الأمد على مطالبته به . وفى هذا عسر ظاهر له . إذ الاحتفاظ بأدلة الوفاء إلى أمد بالغ الطول أمر متعذر فى غالب الأحوال . ومن ناحية أخرى ، يستهدف نظام التقادم المسقط استقرار الأوضاع التى

(١) فهو يرد على جميع الحقوق العينية الأصلية وعلى رأسهما حق الملكية ، ويرد أيضاً على حق الرهن الحيازى . أما الحقوق العينية التبعية ، بخلاف الرهن الحيازى ، فالتقادم المكسب لا يرد عليها .

تستمر ردحا طويلا من الزمن . فالمدين الذى يسكت دائنه عن مطالبته بدينه خلال المدة القانونية ، وهى فى العادة مدة طويلة ، من حقه أن يرتب أموره على براءة ذمته من الدين . وليس على الدائن هنا أن يلوم إلا نفسه ؛ فهو الذى تسبب فى ضياع حقه ، بقعوده عن المطالبة به أمداً طويلا .

هذان هما المسوغان الأساسيان لنظام التقادم المسقط للالتزامات . وقد توجد فى حالات خاصة مسوغات أخرى . فهناك ، مثلا ، ديون تقتضى طبيعتها ، وفقاً للمألوف فى شئون الحياة ، أن يدفعها المدين من إيراده ، كدين الأجرة المستحقة عليه نظير استئجاره منزلا يأويه أو أرضاً يستغلها وينتفع بفائض غلتها ؛ فتراكم هذه الديون فيما يتجاوز المستحق منها عن مدة تزيد على خمس سنوات بهظ المدين ، وقد يؤدى إجباره على أدائها إلى أن يلحق به الخراب ؛ من أجل ذلك يقرر القانون تقادم تلك الحقوق بمضى خمس سنوات وهناك ديون أخرى ، جرت العادة على أن يوفيها المدين فى فترة وجيزة بعد نشوئها ، كالأجور المستحقة للعمال والخدم وكحقوق التجار والصناع عن الأشياء التى يوردونها لمستهلكيها ؛ وفيما يتعلق بهذه الديون ، يقرر القانون تقادمها بسنة واحدة ، اعتباراً بأن مضى هذه الفترة ينهض قرينة على الوفاء بها .

٣١٧ — ونتناول نظام التقادم المسقط مبينين المدة اللازمة له ، ثم كيفية احتساب هذه المدة ، وبعد ذلك نبين طريقة إعمال التقادم ، ونحدد فى النهاية أثره .

٣١٨ — مدة التقادم

لا يلزم لوقوع التقادم المسقط ، إلى جانب تمسك المدين به ، إلا شرط واحد ، هو قعود الدائن عن المطالبة بحقه المدة المقررة قانوناً . فلا أهمية بعد ذلك لسبب هذا القعود مالم يتضمن مانعاً قانونياً أو أدبياً يحول دون مطالبة الدائن مدينه بحقه عليه . فسيان أن يكون الدائن عالما بوجود حقه أو جاهلا إياه . وسيان أن يكون قعود الدائن عن المطالبة بحقه ناشئاً بسبب عدم حاجته إلى اقتضائه ، أو حاصلا برغم حاجته إليه .

وإذا كان مضى المدة هو الشرط الوحيد لقيام التقادم المسقط ، فإن هذه المدة ليست واحدة فى كل الحالات . فالحقوق تتفاوت بالنسبة إلى قدر المدة اللازمة لتقادمها ، وفقاً لما يقرره القانون بصددها . فمن الحقوق ما يتقادم بخمسة عشر عاماً ، ومنها ما يتقادم بخمسة أعوام ، ومنها ما يتقادم بثلاثة ، ومنها ما يتقادم بسنة واحدة[1] .

٣١٩ — التقادم بخمس عشرة سنة

الأصل فى الالتزامات أنها تتقادم بمضى خمس عشرة سنة ميلادية . وهذا هو التقادم الطويل أو العادى . ولا يستثنى من هذا الأصل إلا الالتزامات التى يقضى القانون بتقادمها بمدد أخرى . وفى ذلك تقضى المادة ٣٧٤ بأنه : « يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التى ورد عنها نص خاص فى القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية (استثناءات منصوص عليها فى المواد من ٣٧٥—٣٧٨) » .

وهكذا فالقاعدة العامة هى أن الالتزامات تتقادم بانقضاء خمسة عشر عاماً ، بغض النظر عن مصدرها أو موضوعها أو عن صفتها المدنية أو التجارية . وقد استقى مشرعنا هذا القدر الزمنى من الشريعة الإسلامية ، حيث تقضى بالمنع من سماع الدعوى عند الإنكار بعد فوات هذه المدة . وقد كان قانوننا الملغى يتضمن بدوره انقضاء الالتزامات ، كقاعدة عامة ، بنفس المدة السابقة (المادة ٢٢٧/٢٠٨) . وإن كان الراجح ، تحت ظله ، أن هذه المدة ، كغيرها من مدد التقادم الأخرى ، تحسب وفقاً للتقويم الهجرى ، فى حين أن جميع مدد التقادم تحسب تحت ظل قانوننا الحالى ، وفقاً للتقويم الميلادى ، تطبيقاً لما جاء فى مادته الثالثة من أنه : « تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى ، ما لم ينص القانون على غير ذلك » .

---

(١) بل إن من الحقوق ما يتقادم بأقل من سنة . ومثال ذلك حق النزيل فى فندق فى التعويض المستحق له بسبب ضياع أو سرقة أو تلف الأشياء التى يأتى بها فى الفندق والتى يلتزم صاحبه بحفظها ؛ فهذا الحق يتقادم بستة أشهر ، تبدأ من اليوم الذى يغادر فيه النزيل الفندق (راجع المادتين ٧٢٧و٧٢٨)

والحقيقة أن مدة الخمسة العشر عاماً ، باعتبارها حداً لسقوط الحقوق بالتقادم كقاعدة عامة ، الحقيقة أن هذه المدة معقولة ؛ فلا هى بالبالغة الطول ، بحيث ترهق المدين ؛ ولا هى بالبالغة القصر ، بحيث تباغت الدائن بضياع حقه [1] . ثم إن هذه المدة قد ألفها الناس من قديم الزمن . ويلاحظ أن التقادم بالمدة التى تقضيها القاعدة العامة ، أى بمدة ١٥ سنة ، يتم حتى لو ثبت أن المدين لم يف بالالتزام . فهذا التقادم يؤدى بذاته وبمجرده إلى انقضاء الالتزام . وهو بهذه المثابة يختلف عن بعض الأنواع الاستثنائية من التقادم التى تؤدى إلى انقضاء الالتزام ، لمجرد أنها تنهض قرينة على حصول الوفاء به ، كما سنبينه بعد قليل .

يخلص مما سبق أن القاعدة العامة تقضى بتقادم الالتزامات بمضى خمس عشرة سنة . وهذه القاعدة لا تسوى على إطلاقها ، بل ترد عليها استثناءات عديدة . على أنه يلزم ، لاستبعاد القاعدة العامة والقول بتقادم حق معين بمدة مختلفة عن تلك التى تقتضيها ، أن يرد نص فى القانون يقرر هذا الحكم بشكل قاطع لاشك فيه . لأن هذا النص ينطوى على استثناء ، والاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فى تفسير مايؤدى إليه . وهكذا فإن لم يرد نص فى القانون يقرر ، لتقادم حق معين ، مدة خاصة ، سرت بصدده القاعدة العامة ، ومن ثم تقادم بخمس عشرة سنة .

ولا يكفى لاستبعاد هذه القاعدة أن يتفق الدائن والمدين على تقادم الالتزام بمدة تختلف عن تلك التى تتضمنها . فمثل هذا الاتفاق يقع باطلا (المادة ٣٨٨/١) . لأن تحديد مدد التقادم من النظام العام .

---

(١) والمدة المقررة للتقادم ، كأصل عام ، فى القانون الفرنسى هى ثلاثون سنة . وتحديد هذه الفترة مأخوذ من القانون الرومانى . ففى مستهل حياة شريعة الرومان ، كانت الدعوى التى تحمى الحقوق أبدية لا تنقضى بالتقادم ، مع استثناء الدعاوى البريتورية ، حيث كان البريتير يمنحها لمدة عام واحد . وفى سنة ٤٢٤ ، أصدر الامبراطور Théodose قانوناً قضى بأن الدعاوى ، شخصية كانت أم عينية ، تتقادم ، بحسب الأصل ، بثلاثين سنة . ومن القانون الرومانى انتقل هذا القدر الزمنى إلى القانون الفرنسى ، باعتباره الأصل فى التقادم مكسبا كان أم مسقطا . وهذه الفترة لا تخلو من المبالغة فى الطول . ويوجه إليها الفقه الفرنسى من النقد . ويبدو أن هناك فكرة لتخفيضها إلى ٢٠ سنة أو أقل .

والنصوص التي تقرر الاستثناءات على القاعدة العامة عديدة . ومن بينها ما هو متناثر بين حنايا المجموعة المدنية[١] والمجموعة التجارية[٢] ، ومن بينها ما جاء في باب التقادم المسقط ذاته . ولن نتناول هنا إلا الاستثناءات التي يتضمنها النوع الثاني من النصوص .

وهذه الاستثناءات تندرج تحت أنواع ثلاثة من التقادم. فهناك التزامات تتقادم بخمس سنوات ، وأخرى تتقادم بثلاث سنوات ، وثالثة تتقادم بسنة واحدة . ونتناول كلا من هذه الأنواع الثلاثة من التقادم على التوالي :

٣٢٠ — التقادم الخمسي

هناك حقوق شخصية أي التزامات تتقادم بخمس سنوات وهذه الحقوق تندرج تحت طائفتين متميزتين : طائفة الحقوق الدورية المتجددة ، وطائفة الحقوق الثابتة لبعض ذوي المهن الحرة . ونتناول كلا من هاتين الطائفتين على حدة ، لاختلاف أساس التقادم وأثره في كل منهما .

٣٢١ — تقادم الحقوق الدورية المتجددة

استثناء من الأصل العام الذي يقضي بتقادم الحقوق بخمس عشرة سنة ، تتقادم الحقوق الدورية المتجددة بخمس سنوات . وفي ذلك تنص المادة

---

(١) ومثال هذه النصوص المادة ١٧٢ التي تقضي بتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه ، أو بانقضاء خمس عشرة سنة تبدأ من يوم وقوع العمل غير المشروع ذاته ، أي المدتين أقصر . على أنه إذا كانت الدعوى السابقة ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجنائية لا زالت قائمة بعد انقضاء المواعيد التي بيناها فيما سبق ، فإن هذه الدعوى لا تتقادم إلا بسقوط الدعوى الجنائية . ومثال النصوص المتناثرة في التقنين المدني والتي تقرر مدداً خاصة للتقادم كذلك نص المادة ١٨٠ بشأن تقادم دعوى التعويض الناشيء عن الاثراء بلا سبب .

(٢) ومن النصوص التي يتضمنها التقنين التجاري والتي تقرر مدداً خاصة للتقادم المادة ١٩٤ ؛ وهي تقضي بسقوط الدعاوى الناشئة عن الكمبيالة عموما وعن السند الاذني وغيره من الأوراق التجارية التي تتضمن حقا تجارياً بخمس سنوات .

٢٧٥/١ على أنه : « ١ – يتقادم بخمس سنوات كل حق دورى متجدد ولو اقر به المدين ، كأجرة المبانى والأراضى الزراعية ، ومقابل الحكر وكالفوائد والإيرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات » .

ويلزم هنا ، للأخذ بالتقادم الخمسى ، أن يكون الحق دورياً ومتجدداً . ويقصد بالحق الدورى ذاك الذى يكون من شأنه أن يتكرر نشوؤه فى أوقات دورية ، كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو كل سنة أو كل سنتين مثلا [١] . أما الحق المتجدد ، فهو ذاك الذى لا يترتب على تكرار وجوده الاقتطاع من أصل ثابت . وقد تكفلت المادة ٣٧٥/١ نفسها بإعطاء أمثلة عديدة للحقوق الدورية المتجددة . وهى فى هذا الصدد تذكر أجرة المبانى والأراضى الزراعية ومقابل الحكر وفوائد الديون والإيرادات المرتبة والمعاشات المستحقة للموظفين والمستخدمين. فالأجرة ، مثلا ، حق دورى ؛ لأنها تتكرر فى الفترات الزمنية التى يحددها العقد ؛ وهى حق متجدد أيضاً ؛ لأنه تكرار نشوئها لا ينتقص من أصل ثابت ، بل إن هذا التكرار يستمر ما بقى الإيجار قائماً . وما قلناه بشأن الأجرة يسرى على باقى الأمثلة التى أوردناها . أما أقساط الدين الواحد ، فهى وإن كانت حقوق دورية ، إلا أنها ليست متجددة ؛ إذ أن كل قسط يدفع ينتقص من أصل الدين الثابت . ولهذا فالتقادم الخمسى لا يسرى على أقساط الدين ، وإنما يسرى عليها التقادم العادى الذى تتحدد مدته بخمس عشرة سنة .

ويلاحظ أن المادة ٣٧٥/١ لم تذكر الحقوق الواردة فيها إلا على أساس التمثيل لا الحصر . وعلى ذلك فكل حق آخر غير ما ذكر فيها يتقادم بخمس سنوات ما دام دورياً ومتجدداً . وهكذا يسرى التقادم الخمسى على أجرة الأشياء الأخرى غير تلك المذكورة فى النص السابق ، كالأراضى الفضاء والسيارات والدواب وغير ذلك من المنقولات . ويسرى هذا التقادم أيضا

---

(١) ولا حد للفترة الزمنية التى تكون الدورة الزمنية التى يعود الحق لينشأ من جديد بعد مضيها ؛ وذلك بخلاف قانوننا القديم الذى كان يحدد لهذه الدورة فترة زمنية أقصاها سنة (راجع المادة ٢١١/٢٧٥ قديم) .

على دين النفقة . وهو يسرى كذلك على أرباح الأسهم ، فضلا عن فوائد السندات[1] .

ونلفت النظر إلى أن المقصود بالدورية والتجدد فى الحق لكى يسرى عليه التقادم الخمسى ، هو اتصافه بهما بحسب طبيعته الغالبة فى العمل . ولا يؤثر بعد ذلك أن يكون الحق، فى حالة خاصة ، غير دورى أو غير متجدد . فأجرة الأرض أو المنزل، مثلا، حق دورى ومتجدد، بحسب الوضع الغالب. وهى لذلك تتقادم بخمس سنوات ، حتى لو كانت فى حالة خاصة لا تستحق إلا مرة واحدة دون تكرار ، كما إذا استأجر شخص سيارة لمدة يوم واحد بأجرة إجمالية محددة .

وبمجرد كون الحق دورياً ومتجدداً كاف لسريان التقادم الخمسى عليه . فلا أهمية بعد ذلك لتغير قيمة الحق من فترة زمنية إلى أخرى ؛ إذ أن تجدد الحق بنفس المقدار غير لازم . وهكذا فإذا أجر شخص، مثلا، سيارته لآخر لمدة سنة ، على أساس أجرة قدرها خمسون جنيها عن الشهر الأول وأربعون جنيها عن الشهور الباقية ؛ فجميع هذه الأجور تتقادم بخمس سنوات من وقت استحقاق كل منها .

وأساس التقادم الخمسى ، بالنسبة إلى الحقوق الدورية المتجددة ، هو منع تراكم هذه الحقوق على المدين عن مدة تتجاوز خمس سنين ، اعتباراً بأنه يوفيها عادة من إيراده ، وبأنه إذا اضطر إلى وفائها بعد أن يمضى على استحقاقها خمسة سنوات ، فقد يوفيها من رأس ماله ، الأمر الذى قد يرتب له العسر والضيق ، وقد يلحق به الخراب . بيد أن هذا الاعتبار لا يعدو أن يكون الأساس الذى بنى عليه المشرع التقادم الخمسى فى حالتنا ، استناداً إلى الوضع

(١) ويلاحظ أنه ، خلافا للقاعدة العامة التى تقضى بأنه يترتب على براءة ذمة المدين من الدين الذى يسقط بالتقادم ، لا تبرأ ذمة الشركات من الديون الناشئة عليها عن أرباح الأسهم وفوائد السندات، إذا أصابها التقادم . بل يترتب على تقادم هذه الديون ضياعها على أصحابها الأصليين وانتقالها إلى الدولة . ويسرى نفس الحكم أيضا على قيمة الأسهم والسندات ذاتها وعلى ودائع البنوك والمبالغ المسلمة إليها على سبيل الضمان . أنظر فى ذلك المادة ٢٨ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ .

الغالب فى العمل . ولا أهمية بعد ذلك للحالات الخاصة التى يكون المدين فيها بالغ الملاءة والاقتدار ، فحتى فى هذه الحالات ، يتقادم الحق الدورى المتجدد بخمس سنين . لأن القانون يعطى هنا للنادر حكم الغالب[1].

وإذا كان التقادم الخمسى فى حالتنا يؤسس على منع تراكم الحقوق الدورية المتجددة على المدين بعد انقضاء خمس سنين ، فهو لا يقوم على قرينة الوفاء بهذه الديون . وفى هذا يتشابه تقادمنا مع التقادم العادى الذى يتضمن انقضاء خمس عشر سنة ، ويختلف عن ضروب أخرى من التقادم سنبينها بعد قليل .

ومؤدى عدم استناد تقادم الحقوق الدورية المتجددة على قرينة الوفاء إمكان التمسك به ، حتى لو أقر المدين بأنه لم يف بالحق . فالتقادم هنا سبب لانقضاء الالتزام فى ذاته ، وليس سبباً لانقضائه ، اعتباراً بأنه ينهض قرينة على الوفاء به . وقد أرادت المادة ١/٣٧٥ أن تبرز هذا الحكم فجاءت تقول إن الحق الدورى المتجدد يتقادم بخمس سنوات ، « ولو أقر به المدين[2] » .

ويترتب أيضاً على عدم استناد التقادم الذى نحن بصدده على قرينة الوفاء أنه يسرى على الحق الدورى المتجدد ، حتى لو كان ثابتاً فى محرر مكتوب ، شأنه فى هذا شأن التقادم العادى ، وبخلاف الحكم فى ضروب التقادم الأخرى التى تقوم على قرينة الوفاء .

---

(١) وتطبيقا لهذا الحكم ، قضت المحكمة الإدارية العليا بأن مرتب الموظف الحكومى يتقادم بخمس سنين ، برغم أن الدولة ، وهى المدينة بهذا المرتب ، مليئة مقتدرة . وقد أسست المحكمة رأيها على أن التقادم الخمسى يقوم على افتراض أداء المدين ديونه الدورية المتجددة من إيراده ، وأن تراكمها لمدة تتجاوز خمس سنين تكليف له بما يجاوز السعة ، وأن هذه القرينة لا تقبل إثبات العكس . أنظر حكم المحكمة الادارية العليا ١٩ نوفمبر سنة ١٩٥٥ ، المحاماة س ٣٦ رقم ٤٤٨ ص ١٣٢٨ — ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٥ ، المحاماة س ٣٧ رقم ٧٠ ص ٦٨ .

(٢) وهذه العبارة يجانبها التوفيق . فإقرار المدين بالحق يقطع تقادمه (المادة ١/٣٨٤) ، ويزيل بذلك أثر المدة السابقة على حصوله . وهكذا فإقرار المدين بالحق يجعله لا يتقادم إلا بمدة جديدة كاملة تبدأ من وقوعه . وعلى أية حال ، فالمقصود من عبارة « ولو أقر به المدين » هو أن الحق الدورى المتجدد يتقادم بخمس سنين ، حتى لو اعترف المدين صراحة أو ضمناً بأنه لم يوفه (أنظر فى هذا المعنى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عن رفض اقتراح مقدم من مستشارى محكمة النقض بحذف عبارة « ولو أقر به المدين » ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٣٠٩) . وحبذا لو استبدلت بهذه العبارة ، عبارة أخرى تؤدى المعنى المطلوب دون لبس ، كعبارة « ولو أقر المدين بأنه لم يوفه » .

٣٢٢ — بينا فيما سبق أن الحق الدورى المتجدد يسقط بالتقادم الخمسى . وقد اختلف، فى ظل قانوننا القديم، حول ما إذا كان هذا التقادم يسرى على الريع المستحق على من يحوز مال غيره بسوء نية، أى حالة كونه يعلم بأنه ليس له الحق فى الانتفاع به . كما اختلف أيضا حول ما إذا كان تقادمنا يسرى على الريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين . وكان الرأى الراجح فقهاً وقضاء يسير على أن التقادم الخمسى لا يسرى على هذين النوعين من الديون، اعتباراً بأنها غير دورية ، أو فى الأقل غير متجددة . والحقيقة أن الدافع إلى هذا الرأى ليس هو انتفاء الدورية أو التجدد عن الدينين السابقين ؛ فهما فى الحقيقة يتصفان بهذين الوصفين كليهما ، ولا يفترقان فى هذا الصدد عن دين الأجرة . ولكن الدافع الحقيقى هو أن الحائز سيء النية وناظر الوقف غير جديرين بالحماية التى يضفيها التقادم الخمسى على المدين . وقد أحسن مشرعنا صنعا حيث نص فى المادة ٣٧٥/٣ على أنه : « ٢ — ولا يسقط الريع المستحق فى ذمة الحائز سيء النية ، ولا الريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين ، إلا بانقضاء خمس عشرة سنة » . وهو بهذا قد قطع الشك بصدد هذين الدينين ، مبعداً إياهما عن نطاق التقادم الخمسى، ومقرراً فى شأنهما سريان التقادم العادى الذى يقوم على انقضاء ١٥ سنة .

٣٢٣ — تقادم حقوق بعض أصحاب المهن الحرة

رأينا فيما سبق أن التقادم الخمسى يسرى على الحقوق الدورية المتجددة ، مع استثناء الريع المستحق على من يحوز المال بسوء نية والريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين . ويسرى التقادم الخمسى أيضاً على الحقوق الثابتة لبعض أصحاب المهن الحرة على عملائهم. وفى ذلك تقضى المادة ٣٧٦ بأنه : « تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات » .

وهكذا نجد أن حقوق بعض أصحاب المهن الحرة على عملائهم تتقادم بخمس سنين . وهؤلاء مذكورون فى القانون على سبيل الحصر[١] ، وهم الأطباء والصيادلة والمحامون والمهندسون والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمون[٢] . أما غير هؤلاء من أصحاب المهن الحرة ، كالمولدات غير الطبيبات والممرضات ومدلكى الأجسام والمقاولين والمحاسبين وأصحاب الصحف ، فلا يسرى التقادم الخمسى على ما ينشأ لهم من حقوق قبل عملائهم ، وإنما يسرى على تلك الحقوق التقادم العادى أو الطويل ، أى التقادم بانقضاء خمس عشرة سنة .

والحقوق التى تتقادم هنا بخمس سنين هى تلك التى تنشأ لأصحاب المهن الحرة الذين ذكرناهم على عملائهم ، إما جزاء لهم عما أدوه من أعمال مهنهم أو بسبب ما تكبدوه من مصروفات فى سبيل أداء تلك الأعمال . فالطبيب ، مثلا ، يثبت له فى مواجهة مريضه حق فى مقابل أتعاب علاجه ؛ وقد يثبت له حق آخر فى مقابل المصروفات التى تكبدها فى سبيل هذا العلاج ، كما لو قدم لمريضه الدواء أو أجرى له كشف أشعة أو تحليل ؛ وهذان الحقان كلاهما يتقادمان بخمس سنوات . وحق المحامى الناشىء له على موكله مقابل أتعابه ، وكذلك حقه الناشىء له ضده فى مقابل دفعه عنه رسوم ومصروفات القضايا وغيرها من أعمال المحاماة يتقادمان بخمس سنوات أيضاً . أما الحقوق الثابتة لأصحاب المهن الحرة قبل عملائهم ، والتى لا تنشأ لهم جزاء عما أدوه من أعمال مهنهم أو بسبب ما تكبدوه من مصروفات فى سبيل قيامهم بتلك الأعمال ، وإنما

---

(١) ويلاحظ أن مشروع المادة ٣٧٦ كان يذكر أصحاب المهن الحرة على سبيل التمثيل لا الحصر . فقد تضمن هذا المشروع عبارة تقضى بأنه : « وبوجه عام حق كل من يزاول مهنة حرة » . وقد حذفت هذه العبارة ، فلم تأت فى القانون ، اعتباراً بأن الاطلاق فى التعبير خطر ، وقد يشمل حالات لا يمكن ضبطها (راجع الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٣١٣) . وبهذا أصبح بيان أصحاب المهن الحرة الذين تتقادم حقوقهم بخمس سنين وارداً فى القانون على سبيل الحصر .

(٢) وقد كان القانون القديم يقرر تقادم حقوق الأطباء والمحامين (الافوكاتية) والمهندسين ومؤدبى الأطفال والمعلمين بمضى ثلاثمائة وستين يوما (المادة ٢٠٩/٢٧٣ قديم) .

تنشأ لهم بسبب آخر ، كما لو كانت ناشئة عن قرض لا يمت لأعمال مهنهم بصلة ، أو كانت ناشئة بسبب عمل غير مشروع ارتكب ضدهم ، قذف فى حقهم ، مثلا ؛ أما هذه الحقوق ، فلا يسرى التقادم الخمسى عليها ، وإنما تتقادم وفقا للقواعد العامة .

ويبدأ سريان التقادم الخمسى بالنسبة لحقوق أصحاب المهن الحرة من الوقت الذى يتم فيه هؤلاء تقدماتهم لعملائهم ، حتى لو استمروا يؤدون لهم تقدمات أخرى (المادة ١/٣٧٩) . فالطبيب ، مثلا ، إذا باشر علاج مريض من مرض معين ، يبدأ سريان حقه قبله من الوقت الذى ينتهى فيه قيامه بعلاجه من هذا المرض ، حتى لو عاد لمعالجته من جديد فيما بعد ، أو حتى لو استمر يعالج غيره من أفراد أسرته . أما لو كان علاج المريض يقتضى من الطبيب أن يعوده أكثر من مرة ، فإن التقادم لا يبدأ سريانه إلا من آخر زيارة ، حتى لو اتفق على أن يدفع المريض لطبيبه مبلغاً محدداً عن كل زيارة .

ويرجع أساس التقادم الخمسى ، فى سريانه على حقوق أصحاب المهن الحرة الذين حددناهم ، إلى قرينة الوفاء بهذه الحقوق . فكأن هذه الحقوق تعتبر منقضية بالوفاء الذى يقتصر دور التقادم على أن ينهض قرينة على حصوله .

وعلة هذه القرينة أن الغالب فى العمل أن يستوفى أصحاب المهن الحرة الذين حددناهم حقوقهم من عملائهم فور انتهائهم من خدماتهم ، أو فى الأقل بعد وقت لا يطول كثيراً . فإذا انقضت خمس سنوات على انتهاء صاحب المهنة الحرة ، الطبيب ، مثلا ، من خدماته ، أقام القانون قرينة على حصول الوفاء بحقه ، وخول للمدين الاحتماء وراءها .

وقرينة الوفاء التى تترتب على التقادم الخمسى هنا هى قرينة كاملة . بمعنى أنها لا تحتاج إلى تعزيز من المدين بأن يؤدى يميناً على أنه أدى الدين ، بخلاف ماسنراه بالنسبة إلى قرينة الوفاء التى تنشأ عن التقادم الحولى . وهكذا لا يسوغ أن يُطلب من المدين هنا أن يحلف بأن ذمته لم تعد مشغولة بالدين ، وإنما يكفيه أن يتمسك بالتقادم ؛ فإن فعل ، نهض التقادم قرينة كاملة على حصول الوفاء بما عليه لدائنه .

وإنما يلزم بطبيعة الحال ، للتمسك بقرينة الوفاء المترتبة على التقادم ، ألا يصدر من المدين ما يتجافى معها . فهو بتمسكه بالتقادم يحتمى وراء القرينة التى يستخلصها القانون منه على حصول الوفاء بالدين . فإن صدر منه ما يكذب هذه القرينة ، ما كان له بعد ذلك أن يحتمى وراءها . لأنه يصح له بداهة أن يحتمى وراء مظهر يعترف هو نفسه بكذبه . وهكذا إذا اعترف المدين صراحة أو ضمناً بأنه لم يف بالدين الذى عليه ، ما ساغ له التمسك بالتقادم الخمسى . ومثال الاعتراف الضمنى بعدم الوفاء أن يطالب الطبيب مريضه باتعاب علاجه ، فيدعى هذا بأن الطبيب لم يعالجه أصلا ، ثم يثبت للقاضى أنه عالجه ؛ فمنازعة المريض هنا تنطوى على إقرار ضمنى بأنه لم يدفع للطبيب اتعابه .

وقرينة الوفاء المترتبة على التقادم هى قرينة قاطعة . فلا يجوز لصاحب المهنة الحرة أن يدحضها بإقامة الدليل على أنه لم يستوف حقه .

ويترتب على اعتبار التقادم الخمسى ، فى سريانه على حقوق أصحاب المهن الحرة ، منطوياً على قرينة الوفاء بهذه الحقوق ، أنه لا يسرى عليها إلا طالما بقيت غير ثابتة فى محرر مكتوب . لأن تحرير سند بحق من هذه الحقوق يعنى توقع عدم وفائه فى وقت قريب ، أو هو فى الأقل يستوجب أن يأخذ المدين من دائنه مخالصة بما يوفيه . وعلى ذلك ، فلا يسوغ للمدين هنا أن يحتمى وراء التقادم الخمسى ، وإنما له أن يتمسك فقط بالتقادم الطويل أو العادى الذى يقوم على انقضاء ١٥ سنة . وفى ذلك تقضى المادة ٢/٣٧٩ بأنه : « وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق (حقوق أصحاب المهن الحرة المذكورين فى المادة ٣٧٦ والحقوق التى يسرى عليها التقادم الحولى والمذكورة فى المادة ٣٧٨) ، فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة » . ويبدأ سريان التقادم الطويل هنا من وقت تحرير السند ، اعتباراً بأن هذا التحرير يتضمن إقراراً من المدين بالحق ، وهذا الإقرار يقطع التقادم . بمعنى أنه يزيل المدة السابقة على حصوله .

٣٢٤ — التقادم الثلاثى

إلى جانب الحقوق التى تتقادم بثلاث سنوات بمقتضى النصوص المتفرقة فى القانون ، تتقادم أيضا بهذه المدة الضرائب والرسوم المستحقة للدولة والحق فى استرداد ما دفع منها بغير حق ، وذلك مالم يوجد نص خاص يقضى بتقادم ضريبة معينة أو رسم بمدة مختلفة . وفى ذلك تقضى المادة ٣٧٧ بأنه : « ١ — تتقادم بثلاث سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة ، ويبدأ سريان التقادم فى الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التى تستحق عنها ، وفى الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت فى شأنها هذه الأوراق ، أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة . ٢ — ويتقادم بثلاث سنوات أيضا الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق . ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها . ٣ — ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة فى القوانين الخاصة » .

فالأصل فى الضرائب والرسوم المستحقة للدولة أن تتقادم بثلاث سنوات . ولا يستثنى من ذلك إلا الحالات التى يقضى فيها نص خاص بتقادم الضريبة أو الرسم بمدة مغايرة . ومثال هذه الحالات ما تقضى به المادة ٩٧/١ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ من تقادم الضريبة المفروضة على إيرادات رءوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح الصناعية والتجارية وعلى كسب العمل بخمس سنوات ، وما يقضى به القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ من تقادم الضريبة العامة على الإيراد بخمس سنوات أيضا[١] .

وكما أن الأصل هو أن الضرائب والرسوم المستحقة للدولة تتقادم بثلاث سنوات ، فإن الأصل كذلك أن الحق فى استرداد ما يدفع للدولة بغير وجه حق على أنه ضرائب أو رسوم يتقادم بثلاث سنوات أيضا ، على أن يبدأ

---

(١) فقد نصت المادة ٢٤ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ بشأن الضريبة العامة على الإيراد على أن تطبق بشأن هذه الضريبة ، أحكام المواد من ٨٨ إلى ١٠٣ من قانون رقم ١٤ لسنة ١٣٩ الخاص بضريبة لإيرادات رءوس الأموال المنقولة والأرباح الصناعية والتجارية وكسب العمل . ومن بين المواد المحال عليها المادة ٩٧ التى تقضى بتقادم الضريبة بخمس سنوات .

التقادم هنا من يوم الدفع . ويستثنى من هذا الحكم الحالات التى يقضى فيها نص خاص بالتقادم بمدة مغايرة .

والتقادم الخاص بالضرائب والرسوم لا يرجع فى أساسه لقرينة الوفاء ، بخلاف ما رأيناه بالنسبة إلى تقادم حقوق بعض أصحاب المهن الحرة وما سنراه بالنسبة إلى التقادم الحولى . وإنما يرجع أساسه إلى الرغبة فى عدم ترك الديون على المدين إلى حد يجاوز السعة . ويترتب على ذلك أنه يجوز للممول أن يتمسك بتقادم الضريبة أو الرسم المفروض عليه ، حتى لو اعترف بأنه لم يف بما هو مستحق عليه منهما .

٣٢٥ — التقادم السنوى أو الحولى

رأينا فيما سبق أنه ، وإن كانت القاعدة العامة أن الحقوق تتقادم بخمس عشرة سنة ، إلا أن هناك حقوقاً نص القانون استثناء على تقادمها بخمس سنوات وأخرى بثلاث . وثمة تقادم استثنائى من نوع ثالث يقوم على انقضاء مدة بالغة القصر ، هى سنة واحدة أو حول وحد وهذا هو التقادم السنوى أو الحولى ، كما يطلق عليه فى غالب الأحيان . وقد تضمنته المادة ٣٧٨ .

وجماع الحقوق التى يسرى عليها التقادم السنوى أو الحولى أنها يوفى بها فى العادة فور استحقاقها أو بعد ذلك بفترة وجيزة يندر أن تتجاوز العام الواحد . وترتد هذه الحقوق إلى الثلاثة الأنواع الآتية :

أولا : حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فيها : فحقوق التجار والصناع المترتبة على قيامهم بتوريد الأشياء التى يتجرون فيها أو يصنعونها لمستهلكيها تتقادم بعام واحد . ومثال ذلك الحق الناشىء للخباز عن توريد الخبز ، وللجزار عن توريد اللحوم ، وللبقال عن توريد موادالبقالة ، وللفاكهى عن توريد الفاكهة ، ولصانع الأحذية عن توريدها ، ولصاحب مصنع المنسوجات عن توريد الأقمشة . ويلزم أن يحصل التوريد للمستهلك ، بمعنى أن يكون مفهوما بين التاجر أو الصانع والعميل أن الصفقة

معقودة لاستهلاك هذا الأخير ولمن يعول . أما إذا قصد من الصفقة إتجار العميل فى الأشياء التى ابتاعها ، فإن التقادم الحولى لا يسرى على ما يستحق عنها ، وإنما يسرى عليه التقادم العادى ، أى التقادم بخمس عشر سنة .

ووفقاً للمادة ١/٣٧٩ ، يبدأ سريان التقادم الحولى من الوقت الذى يتم فيه التاجر أو الصانع تقدمته ، أى توريده للأشياء ، حتى لو استمر يؤدى تقدمات أخرى ، أى حتى لو استمر فى توريد أشياء أخرى . والظروف هى التى تبين متى يعتبر التوريد قد تم . فإذا اتفق صراحة أو ضمناً على أن العميل يدفع ما عليه صفقة بصفقة ، بدأ التقادم بالنسبة إلى كل صفقة على حدة ، من يوم عقدها . وإذا اتفق صراحة أو ضمناً على أن العميل يأخذ من التاجر أو الصانع ما تقتضيه حاجته ، ثم يدفع المستحق عليه فى نهاية كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر ، فإن التوريد يعتبر أنه قد تم بانتهاء الوحدة الزمنية المتفق عليها ، ويبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى المستحق عنها من وقت انقضائها .

ثانياً : حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم : فما يستحق لصاحب الفندق[1] على النزيل ، نظير تقديم المأوى والطعام والشراب له ولأفراد أسرته وخدمه ومدعويه وحيواناته كالكلاب والخيول وإيداع أشيائه كالسيارة وتموينها بالبنزين ، وما يصرف لحسابه ، كما إذا اشترى شيئاً ودفع صاحب الفندق ثمنه عنه ، كل هذا يتقادم بسنة واحدة[2] . ويتقادم أيضاً بنفس المدة ما يستحق لصاحب المطعم على عميله نظير تقديمه الطعام والشراب . وكما هى الحال بالنسبة إلى حقوق التجار والصناع ، يسرى التقادم هنا بالنسبة إلى كل تقدمة على حدة

---

(١) ويلاحظ أن مؤجر الغرف المفروشة لا يعتبر صاحب فندق . وعلى ذلك فلا يسرى التقادم الحولى على ما يستحق له قبل المستأجر . وإنما يسرى هنا التقادم الخمسى على الأجرة ، باعتبارها متضمنة حقاً دورياً متجدداً (المادة ٣٧٥) .

(٢) أما الحق الذى يثبت لصاحب الفندق على النزيل بسبب إتلافه الأدوات ، فلا يسرى عليه التقادم الحولى .

من وقت انتهاء تقديمها ، حتى لو استمر صاحب الفندق أو المطعم يؤدى تقديمات أخرى (المادة ١/٣٧٩) .

ثالثاً : حقوق العمال والخدم والأجراء المتعلقة بأجورهم وبما يوردونه من أشياء : فأجر العامل ، سواء أكان يعمل فى مصنع أو متجر أو فى مزرعة ، وأجر الخادم كالسفرجى والطباخ والبواب والبستانى وسائق السيارة [1] ، وأجر أصحاب الحرف الصغيرة كالكهربائى والسباك والميكانيكى عن خدماتهم ؛ كل هذه الأجور تتقادم بسنة واحدة من وقت استحقاقها ، حتى لو استمر أصحابها يقدمون خدمات أخرى : وكذلك يتقادم بسنة واحدة ما يستحق للعمال والخدم والأجراء على مخدوميهم نظير ما قاموا به من توزيدات ، كما إذا قدم ميكانيكى السيارة بعض لوازم الإصلاح .

وأساس التقادم الحولى هو قرينة الوفاء . فوفقاً للعادى والمألوف من شئون الحياة ، تدفع الحقوق التى تخضع له فور استحقاقها ، أو بعد ذلك بمدة وجيزة يندر جداً أن تتجاوز فى مداها السنة . فيكاد لا يحصل عملا أن يتأخر العامل أو الخادم أو صاحب الفندق فى استيفاء مطلوبه قبل رب العمل أو المخدوم أو النزيل سنة كاملة . وقد تمشى المشرع مع هذا الوضع الغالب وعمم حكمه على النادر ، جاعلا من فوات السنة على استحقاق الدين قرينة على استيفائه .

وإذا كان التقادم الحولى يرجع فى أساسه إلى قرينة الوفاء ، فهو بهذه المثابة يتشابه مع التقادم الخمسى الذى يسرى على حقوق بعض أصحاب المهن الحرة . بيد أن التشابه بين هذين النوعين من التقادم ليس تاماً . ففى حين أن القرينة المستفادة من التقادم الخمسى الذى يسرى على حقوق بعض أصحاب المهن الحرة هى قرينة كاملة ، بمعنى أنها لا تحتاج إلى تأييد أو تعزيز ، بل إن

---

(١) وتلاحظ التفرقة بين حقوق العمال والخدم ، من ناحية ، ومرتبات وأجور ومعاشات الموظفين والمستخدمين سواء أكانوا حكوميين أو يعملون فى مشروعات خاصة ، من ناحية أخرى. فالحقوق الأولى تتقادم بسنة واحدة ؛ فى حين أن الحقوق الثانية تتقادم بخمس سنوات ، اعتباراً بأنها حقوق دوريه ومتجددة .

التقادم بذاته وبمجرده يكفى لإقامتها ، نجد أن القرينة المستفادة من التقادم الحولى ناقصة ، بمعنى أن التقادم بذاته وبمجرده لا يكفى لإقامتها ، وإنما يلزم أن يُعزز فى ذلك بأداء اليمين . فبخلاف الحال فى التقادم الخمسى ، لا يكفى أن يحتمى المدين وراء تمسكه بالتقادم الحولى . وإنما يجب ، فضلا عن تمسكه بهذا التقادم ، أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا . وعلى القاضى أن يوجه اليمين ، ولو من تلقاء نفسه ؛ بحيث إنه لو قضى برفض دعوى الدائن لمجرد تمسك المدين بالتقادم الحولى ، ومن غير أن يحلف هذا الأخير اليمين على أدائه الدين ، كان حكمه خاطئا . وإذا كان المدين الأصلى قد مات ، فإن اليمين توجه إلى الورثة ، إن كانوا راشدين ، وإلى أوصيائهم إن كانوا قصراً ؛ وهنا يجب على الورثة أو الأوصياء أن يقسموا ، وفقاً لما يرونه ، على أنهم لا يعلمون بوجود الدين ، أو على أنهم يعلمون بحصول الوفاء . وفى هذا كله تقضى المادة ٢/٣٧٨ بأنه : « ٢ — ويجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا . وهذه اليمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه . وتوجه إلى إلى ورثة المدين أو أوصيائهم ، إن كانوا قصرا ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء » .

يخلص مما سبق أن قرينة الوفاء التى تستخلص من التقادم الحولى هى قرينة ناقصة ، لا تكتمل لها مقوماتها إلا بأداء اليمين من المدين على أنه أدى الدين فعلا ، أو من ورثته أو أوصيائهم ، إن كانوا قصراً ، على أنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء به . فإن حصل النكول عن اليمين ، ما أفلح التقادم فى أن يقوم قرينة على حصول الوفاء بالدين ، وما ساغ بالتالى التمسك به . بل إن النكول عن اليمين يعتبر هنا إقراراً ضمنياً بوجود الدين ، فينقطع التقادم ، بمعنى أن تزول المدة السابقة ، ويبدأ تقادم جديد ، تكون مدته خمس عشرة سنة ، وليس سنة واحدة (المادة ٢/٣٨٥) .

أما إذا أديت اليمين ، قام التقادم المعزز بها قرينة قانونية قاطعة على حصول الوفاء بالدين ، ووجب على القاضى الحكم بانقضائه . ولا يسوغ هنا للدائن أن يثبت أنه لم يستوف الدين .

ويلاحظ أنه يترتب على إرجاع التقادم الحولى فى أساسه إلى قرينة الوفاء أنه لا يسوغ للمدين أن يتمسك به ، إذا صدر منه ما يكذب هذه القرينة ، كما إذا اعترف صراحـــة أو ضمناً بأنه لم يوف الدين . وكذلك لا يسوغ التمسك بالتقادم الحولى، إذا كان قد حرر سنديثبت الحق ؛ بل إن التقادم الذى يسرى هنا هو التقادم الطويل الذى يقوم على انقضاء ١٥ سنة ، على أن يبدأ سريانه من وقت تحرير السند (المادة ٢/٣٧٩) . وفى هذين الأمرين يتشابه التقادم الحولى تماماً مع التقادم الخمسى الذى يسرى على حقوق بعض أصحاب المهن الحرة . ونجتزىء هنا بالإحالة على ماقلناه فى هذا الشأن بصدد هذا التقادم الأخير .

٣٢٦ — عدم جواز الاتفاق على تعديل مدد التقادم

بينا فيما سبق المدد المتغايرة التى تتقادم بها الحقوق المختلفة . وأياً ما كانت مدة التقادم ، فلا يسوغ الاتفاق على تعديلها ، لا تطويلا ولا تقصيراً . فالقانون وحده هو الذى يحدد مدد التقادم . وهذا التحديد يمس النظام العام ، لأنه يستهدف فى النهاية استقرار المعاملات بين الناس . فكل اتفاق يخالف هذا التحديد يقع باطلا . وكما يبطل الاتفاق على تعديل مدة التقادم ، يبطل أيضاً نزول المدين عن التمسك به ، قبل ثبوت حقه فيه . وقد ركز المشرع الحكمين السابقين فى المادة ١/٣٨٨ التى تقضى بأنه : « ١ — لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون » .

أما إذا اكتملت مدة التقادم ، ساغ للمدين أن ينزل عن التمسك به ، سواء أتى نزوله هذا صريحاً أو استخلص ضمناً من الظروف (المادة ٢/٣٨٨) . وسنعود إلى ذلك بعد قليل .

٣٢٧ — كيفية احتساب مدة التقادم

بعد أن حددنا المدد المختلفة التى يقوم عليها التقادم ، يلزمنا بطبيعة الحال

أن نبين كيفية احتسابها . وفى هذا المجال ، نتناول القواعد التى تراعى فى احتساب هذه المدد ، والوقت الذى يبدأ سريانها فيه ، ثم ما يطرأ عليها من أسباب الوقف والانقطاع .

٣٢٨ — القواعد التى تراعى فى احتساب مدة التقادم

مدة التقادم ، أياً كان مقدارها ، تحسب بالتقويم الميلادى لا الهجرى (المادة ٣) ، بخلاف ما كان سائداً تحت ظل القانون القديم . وتحسب المدة بالأيام لا بالساعات ؛ ولا يدخل اليوم الأول فى الحساب ؛ ولكن مدة التقادم تكمل بانقضاء آخر يوم منها (المادة ٣٨٠) . وتدخل فى حساب المدة مايقع خلالها من أيام الأعياد والعطلات الرسمية . ولكن إذا وقع آخر يوم من مدة التقادم فى يوم عيد ، استمر سريانها إلى أول يوم من أيام العمل ، بحيث يقع صحيحاً مايتخذ خلال هذا اليوم من إجراءات قطع التقادم ؛ وذلك قياساً على ما يقضى به قانون المرافعات فى هذا الشأن .

وغنى عن البيان أنه إذا انتقل الحق فى مظهره الإيجابى من الدائن إلى غيره ، أو انتقل فى مظهره السلبى من المدين إلى غيره ، فإن مدة التقادم التى انقضت فى مواجهة السلف تضم إلى تلك التى انقضت فى مواجهة الخلف . فإذا مات الدائن ، مثلا ، أو حول حقه حال حياته إلى آخر ، بعد أن انقضت عشر سنوات على استحقاق أدائه ، وجب على خلفه (الوارث أو المحال له على حسب الأحوال) ، لكى يكون بمنجاة عن التقادم الطويل الذى نفترض سريانه هنا ، أن يطالب بالحق قضاء أو يصل إلى قطع تقادمه بأى سبب آخر ، خلال مدة الخمس السنوات التالية . وإذا حول المدين دينه إلى آخر بعد استحقاق أدائه بعشر سنوات ، ساغ للمحال عليه به أن يتمسك بالتقادم الطويل ، إن كان هو الواجب سريانه ، بعد خمس سنوات تالية . وإذا مات المدين بعد استحقاق أداء الدين بعشر سنوات ، ساغ لورثته ، باعتبارهم أصحاب حق فى المتخلف من تركته ، أن يتمسكوا بالتقادم الطويل بعد انقضاء خمس سنوات .

٣٢٩ — بدء سريان التقادم

القاعدة العامة أن التقادم ، أيّاما كانت مدته ، يبدأ سريانه من الوقت الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء . ولا يتغير هذا الحكم إلا إذا قضى القانون بخلافه . وفى هذا تنص المادة ١/٣٨١ على أنه : « لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء » .

ونجد فعلا بعض نصوص فى القانون تقرر أن سريان التقادم يبدأ ، فى حالات خاصة ، فى وقت يختلف عن ذاك الذى يصير الدين فيه مستحق الأداء ، سواء فى تاريخ لاحق له أو سابق عليه .

ومثال النصوص التى تقرر بدء التقادم فى تاريخ لاحق لاستحقاق أداء الدين المادة ١/١٧٢ التى تقضى بأن حق التعويض الناشىء عن العمل غير المشروع يتقادم بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه ، أو بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت وقوع العمل غير المشروع ذاته ، أى المدين أقصر ؛ فهذه المادة تجعل تقادم حق التعويض بثلاث سنين يبدأ من الوقت الذى يتوافر فيه للمضرور علمه بالضرر وبالمسئول عنه ؛ وهو وقت تال بالضرورة لتاريخ استحقاق التعويض ، حيث يتحدد هذا التاريخ الثانى بوقت وقوع العمل غير المشروع [1] .

أما الحالات التى يبدأ فيها سريان التقادم فى تاريخ سابق لاستحقاق الدين فقد تضمنتها المادة ٣/٣٨١ ، حيث جاءت تقول : « ٣ — وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن ، سرى التقادم من الوقت الذى يتمكن

---

(١) ومن أمثلة النصوص التى تقرر بدء سريان التقادم فى تاريخ لاحق لاستحقاق الدين كذلك المادة ١٨٠ التى تقضى بأن دعوى الإثراء بلا سبب تتقادم بثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذى يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه فى التعويض ، مع مراعاة أن هذه الدعوى تنقضى على أية حال بمضى ١٥ سنة من يوم نشأة حق التعويض . ومن الأمثلة السابقة أيضاً المادة ١٧٨ بالنسبة إلى تقادم دعوى استرداد ما دفع بغير حق بثلاث سنوات ، والمادة ١٩٧ بالنسبة إلى تقادم دعوى الفضالة بثلاث سنوات .

فيه الدائن من إعلان إرادته » . ففي جميع الحالات التي يترك فيها تحديد ميعاد الوفاء بالدين لإرادة الدائن ، كما إذا التزم المدين بأن يدفع الدين عند الطلب أو عند الاطلاع على السند المثبت له ، يبدأ سريان التقادم من الوقت الذي يستطيع فيه الدائن الإفصاح عن إرادته في اقتضاء حقه من المدين ، حتى لو لم يطلب منه اقتضاءه بالفعل ، أي في وقت سابق على ذاك الذي يصير الحق فيه واجب الأداء ، لأن الحق لا يصبح كذلك إلا إذا طالب الدائن مدينه فعلا بالوفاء . ويعتبر الدائن مستطيعاً مطالبة المدين بحقه من وقت نشأته ، إلا إذا أثبت أنه لم يتمكن منها إلا في تاريخ لاحق . وهكذا نصل إلى أن سريان التقادم ، بالنسبة إلى الحقوق التي يترك تحديد الوفاء بها لإرادة الدائن ، يبدأ من وقت نشأتها ، إلا إذا أثبت الدائن أنه لم يتمكن من إعلان إرادته في اقتضائها من المدين إلا في تاريخ لاحق ، حيث يبدأ سريان التقادم من هذا التاريخ .

يظهر مما سبق أن هناك نصوصاً قانونية خاصة تقرر في حالات معينة بدء سريان التقادم في وقت يختلف عن ذاك الذي يصير فيه الدين مستحق الأداء . فإن لم يوجد نص من هذا النوع ، كنا في حيز القاعدة العامة التي تقضي بأن سريان التقادم يبدأ من وقت استحقاق أداء الدين . فطالما أن الدين لم يستحق أداؤه ، فإن تقادمه لا يبدأ في السريان . ولكن في الوقت الذي يصير الدين فيه مستحق الأداء ، وبمعنى أدق في اليوم التالي لذاك الذي يصبح فيه الدين كذلك ، يبدأ التقادم في سريانه ، ما لم يعترضه سبب يقفه . وعلى وجه الخصوص ، كما تقضي المادة ٢/٣٨١ ، « لا يسري التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط[1] ، وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق ، وبالنسبة إلى الدين المؤجل ، إلا من الوقت الذي ينقضي فيه الأجل » .

---

(١) أما الشرط الفاسخ ، فهو لا يحول ، كما سبق أن رأينا ، دون استحقاق أداء الدين ؛ وهو لذلك لا يمنع من سريان تقادمه .

٣٣٠ — وقف التقادم

لـكى يحدث التقادم أثره ، يلزم أن يسرى طوال المدة المحددة له . وقد يلحقه أو يطرأ عليه عارض يقف سريانه إلى أن يزول ؛ فإذا ما زال هـذا العارض ، استأنف التقادم سريانه من النقطة التى وقف عندها . وهذا مايسمى بوقف التقادم .

وقد تضمنت المـادة ٣٨٢ الأسباب التى تؤدى إلى وقف التقادم . ومنها يبين أن هذه الأسباب ثلاثة ؛ هى الآتية :

١ — وجود مانع يتعذر معه على الدائن مطالبة المدين بحقه عليه . ويستوى فى ذلك المانع المادى والأدبى . وفى هذا تقضى المـادة ٣٨٢/١ فى شطرها الأول بأنه : « لايسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً ... » .

هكذا فالمانع الذى يتعذر معه على الدائن مطالبة المدين بحقه ينهض سبباً لوقف التقادم ، سواء أكان مادياً أم أدبياً . ولا يلزم هنا ، لـكى يعتبر أمر معين مانعاً يؤدى إلى وقف التقادم ، أن يجعل مطالبة الدائن مدينه بحقه مستحيلة بصفة مطلقة ؛ وإنما يكفى أن يجعل تلك المطالبة متعذرة عليه . فالمانع الذى يقف التقادم لا يتحتم أن يصل إلى مرتبة القوة القاهرة .

ويقصد بالمانع المادى العقبة التى يتعذر معها مادياً على الدائن أن يطالب مدينه بحقه عليه . ومثال ذلك قيام حرب أو ثورة ووقوع الدائن فى الاعتقال أو الأسر ، وانقطاع المواصلات بسبب فيضان أغرق الأرض أو مرض تفشى فى المنطقة أو لأى سبب آخر ، واتحاد الذمة باجتماع صفة الدائن والمدين فى شخص واحد ، إذا زال سببه فيما بعد بأثر رجعى[1] .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بشأن اتحاد الذمة ، باعتبارها مانعاً مادياً يقف التقادم ، إذا ما زال سببه بأثر رجعى ، ما يأتى : « وتجدر الإشارة إلى أن اتحاد الذمة مانع طبيعى من موانع سريان المدة . فإذا زال السبب الذى أفضى إلى اجتماع صفتى الدائن والمدين زوالا مستنداً وعاد الدين إلى الوجود ، اعتبر التقادم قد وقف طوال الفترة التى تحقق الاتحاد خلالها » . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٣ ص ٣٢٩ .

أما المانع الأدبى ، فهو الأمر الذى يتعذر معه أدبياً على الدائن أن يطالب مدينه بحقه عليه ، مطالبة تنطوى على المثابرة والوصول بها عند الضرورة إلى القضاء ، إما بدافع الخشية أو الرهبة أو الاحترام المبالغ الذى يشعر به الدائن نحو مدينه أو حرصه على ألا يتعكر صفو المحبة والوئام الذى يظلهما معاً . ومثال المانع الأدبى علاقة الزوجية ، وعلاقة القرابة المقربة كعلاقة الأب بابنه أو أمه والأخ بأخيه أو أخته ، وعلاقة الصداقة العميقة ، وعلاقة الخادم بسيده . وقد سردنا الأمثال السابقة ، اعتباراً بالوضع العادى المألوف ، وهو الوضع الذى تسوده المحبة والوئام أو الخشيه والرهبة ، على حسب الأحوال . أما إذا تعكر صفو العلاقة ، كما إذا سادت علاقة الزوج بزوجه أو الأب بابنه أو الأخ بأخيه الشحناء والبغضاء ، وعلى الأخص إذا ثبت قيام القضايا بينهما ، فإن علاقتهما لا تنهض مانعاً أدبياً يقف التقادم .

ويلاحظ أنه لا ينظر إلى الموانع التى من شأنها أن تقف التقادم ، سواء أكانت مادية أم أدبية ، بمعيار مادى بل بمعيار شخصى . فبخلاف الأمور الجسيمة التى تصل إلى مرتبة القوة القاهرة ، كالحرب والثورة والفيضان ، لا يمكن القول بصفة مطلقه بأن أمراً معيناً يتضمن دائماً أبداً مانعاً مادياً أو أدبيا من شأنه أن يقف التقادم أو بأنه لا يتضمنه . فالعبرة بحالة الدائن وبالظروف التى تكتنفه وبعلاقته بالمدين ، من حيث إنها تجعل مطالبته المدين بحقه متعذرة عليه أو لا تجعلها كذلك . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان العذر الذى يدعيه الدائن يرتقى حقيقة إلى مرتبة المانع الذى يؤدى إلى وقف التقادم أو لا يرتقى إليها . وهو فى تقديره هذا ، يقضى فى مسألة متعلقة بالوقائع ، فلا يخضع لرقابة محكمة النقض .

٢ — والسبب الثانى لوقف التقادم هو قيام علاقة النيابة . فالتقادم يقف بين الأصيل والنائب ، ما بقيت النيابة قائمة (المادة ٣٨٢/١ فى آخرها) . وسواء فى ذلك أن تكون النيابة اتفاقية ، أم قانونية . فالتقادم يقف بين الولى أو الوصى وصغيره ، وبين القيم ومحجوره ، وبين الشخص المعنوى

ونائبه ، وبين الوكيل والموكل فى حدودها ما تشمله الوكالة .

٣ — ويقف التقادم ، فى النهاية ، لصالح عديمى الأهلية وناقصيها والغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية ، إذا لم يكن لهم من يمثلهم قانوناً (المادة ٣٨٢/٢). فوقف التقادم بالنسبة إلى كل هؤلاء مشروط بعدم وجود من يمثلهم قانوناً . وقد استحدث قانوننا الحالى هذا الشرط بعد أن كان قانوننا الملغى يقرر وقف التقادم بالنسبة إلى ناقصى الأهلية بصفة مطلقة ، أى سواء أوجد هناك من يمثلهم قانوناً أم لم يوجد . وقد استمده من القانون البرتغالى ، مراعيا فى تقريره أن النائب يحل محل الأصيل فى الدفاع عن مصالحه ؛ فإن هو أهمل فى المطالبة بحقوقه ، كان عليه وحده غرم مايفعل . وهكذا فالصغير ، مثلا ، يقف التقادم الذى يسرى ضده ، إلى حين أن يعين له وصى ، أو إلى حين أن يبلغ رشده ؛ فإذا ما عين له وصى أو بلغ رشـــده ، زال وقف التقادم ، واستأنف بالتالى سريانه . وكذلك الحال بالنسبة إلى المجنون أو المعتوه ؛ فالتقادم السارى ضده يقف بمجرد أن يصيبه العارض ، حتى لو لم يحجر عليه ؛ ولكن إذا تعين له قيم ، انتهى وقف التقادم من تاريخ حصول هذا التعيين .

هذه هى الأسباب التى تؤدى إلى وقف التقادم . وترتد كلها إلى فكرة أساسية واحدة ، هى تعذر مطالبة الدائن بحقه من المدين ، ووجوب ألا يضار بذلك ، لاستناد سكوته عن المطالبة إلى مبرر مشروع[1] . وهى ليست كلها على درجة واحدة من الشمول وبعد المدى . فالسببان الأولان ، ونعنى بهما وجود المانع المادى أو الأدبى وقيام علاقة الأصيل بالنائب ، شاملا الأثر ؛ بمعنى أنهما يقفان سريان التقادم أياً ما كانت مدته ، أى سواء أكان تقادما طويلا يتم بانقضاء ١٥ سنة ، أم تقادما خمسياً أم ثلاثياً أم حوليا .

---

(١) وبهذا يقترب نظام وقف التقادم فى القانون المعاصر مع نظام العذر الشرعى فى الشريعة الاسلامية ، حيث تجعل عدم جواز نظر الدعوى عند الإنكار ، بسبب مضى المدة على عدم رفعها ، مشروطا بانتفاء العذر الشرعى .

أما السبب الأخير ، وهو الذى يتضمن وقف التقادم الذى يسرى إضرارا بعديمى الأهلية وناقصيها والغائب والمحكوم عليه بعقوبة جناية ، إذا لم يكن لهم من يمثلهم قانونا ، فهو لا يتعلق إلا بالتقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات (المادة ٢/٣٧٢) ، أى أنه لا يتعلق إلا بالتقادم الطويل الذى يتم بانقضاء خمس عشرة سنة وحده ، دون التقادم الخمسى والثلاثى والحولى.

٣٣١ — أثر وقف التقادم

بينا فيما سبق الأسباب التى تؤدى إلى وقف التقادم . ونريد هنا أن نحدد أثر هذا الوقف ، إذا ما قام سببه . ويتركز هذا الأثر فى عدم احتساب المدة التى استمر الوقف خلالها ، دون مساس بالمدة السابقة عليه ، إن كان ثمة مدة[١]. فوقف التقادم ، بخلاف انقطاعه ، لا يزيل أثر المدة السابقة على حصوله ؛ بل كل أثره يقتصر على عدم إدخال الفترة التى استمر قائما خلالها فى حساب المدة اللازمة للتقادم ؛ بحيث إنه إذا زال سبب الوقف ، استأنف التقادم سريانه من النقطة التى وقف عندها . فإن كان هناك ، مثلا ، حق يتقادم بخمس عشرة سنة ، وانقضى على استحقاقه عشر سنوات ، ثم مات الدائن ، وخلفه فيه ابنه القاصر ؛ هنا يقف التقادم لصالح القاصر فور ثبوت الحق له ، أى فور موت أبيه ؛ ويظل الوقف قائماً إلى أن يعين له وصى أو إلى أن يبلغ رشده ، أى الحدثين يقع أولا ؛ فإذا فرض أن عين له وصى بعد سنة من موت أبيه ، فإن التقادم يقف خلال هذه السنة ، وينتهى بفواتها ؛ وعندئذ يستأنف التقادم سريان مع اللحظة التى وقف فيها ، الأمر الذى يؤدى إلى احتساب مدة العشر السنوات التى انقضت على الحق فى حياة الدائن الأصلى ،

---

(١) فوقف التقادم ، كما قد يعترضه خلال مدة سريانه ، فقد يعترضه قبل أن يبدأ سريانه . ويحصل ذلك إذا قام سبب الوقف فى الوقت الذى أصبح الدين فيه مستحق الأداء . وهنا يظل التقادم موقوفا حتى يزول سبب الوقف . فإذا ما زال ، بدء سريان المدة ، دون احتساب مدة سابقة ، لعدم وجودها .

وعدم احتساب السنة التي تلت وفاته إلى وقت تعيين الوصي لابنه ، ثم استئناف سريان التقادم بعد ذلك ؛ وهكذا يبقى لسقوط الحق بالتقادم أن يستمر السكوت عن المطالبة به خمس سنوات أخريات تبدأ من وقت تعيين الوصي .

وأثر وقف التقادم نسبي . ومعنى ذلك أنه لا يصح الاحتجاج به إلا لمن قام به سببه ، وإلى الوقت الذي يستمر فيه هذا السبب قائماً بالنسبة إليه ، دون مراعاة لحالة غيره ؛ كما أنه لا يصح الاحتجاج به إلا في مواجهة الشخص الذي توافر سببه بالنسبة إليه . وتطبيقاً لهذه الفكرة ، إذا كان هناك عدة دائنين متضامنين بحق واحد ، وتوافر لأحدهم سبب لإيقاف التقادم دون الآخرين ، كما لو كان قاصراً ليس له ولي أو وصي ، في حين أن الباقين راشدون ، فإن التقادم يقف هنا لصالحه وحده ، الأمر الذي قد يترتب عليه انقضاء الحق بالنسبة إلى غيره ، مع بقائه قائماً بالنسبة إليه ، في حدود حصته (المادة ١/٢٨٢) . وتطبيقاً لفكرة نسبية أثر وقف التقادم أيضاً ، إذا كان هناك مدينون متضامنون بدين واحد ، وقام سبب الوقف لصالح الدائن في مواجهة أحد المدينين دون الباقين ، كما لو قام بينهما المانع الأدبي بسبب علاقة الزوجية أو القرابة المقربة ، فإن التقادم لا يقف إلا إضراراً بهذا المدين وحده ، ولا يحتج بهذا الوقف في مواجهة الباقين[1] (المادة ٢/٢٩٢) ؛ الأمر الذي قد يترتب عليه بقاء الدين قائماً بالنسبة إليه ، في حدود حصته ، وانقضاؤه بالنسبة إلى غيره .

٣٣٢ — انقطاع التقادم

يقصد بانقطاع التقادم أو قطعه أن يعتريه عارض يزيل أثر المدة التي انقضت منه ؛ بحيث إنه لو كف هذا العارض عن إنتاج أثره ، وجب أن تبدأ مدة جديدة للتقادم ، دون أن تضم إليها الفترة السابقة على حصوله . فإذا مضى ، مثلا ، على استحقاق أداء الدين أربعة عشر عاماً ، ولم يبق لا كتمال

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١٧٠ .

تقادمه إلا عام واحد ، ثم انقطع تقادمه ، زال أثر كل هذه المدة ؛ بحيث إنه لو زال الانقطاع بعد ذلك ، وجب لتقادم الدين ، انقضاء مدة جديدة يبدأ سريانها من تاريخ هذا الزوال .

٢٣٣ — أسباب انقطاع التقادم

ينقطع التقادم بأحد الأسباب الآتية .

١ — المطالبة القضائية : فالمطالبة القضائية بالحق ، أي المطالبة به أمام القضاء ، تقطع تقادمه (المادة ٣٨٣) . وسواء في هذا أن تحصل هذه المطالبة بدعوى أم بدفع . فإذا رفع الدائن دعوى على مدينه يطالبه فيها بحقه ، انقطع التقادم ابتداء من وقت إعلان المدين بعريضة الدعوى ؛ إذ أن الدعوى تعتبر مرفوعة من تاريخ وصول هـــذا الإعلان إلى المدعى عليه أو إلى موطنه . وكذلك ينقطع التقادم إذا طالب الدائن مدينه بحقه عن طريق الدفع . ومثال ذلك أن يرفع (ا) دعوى يطالب فيها (ب) بحق يدعيه عليه ؛ فيأتى (ب) ويدفع الدعوى المرفوعة ضده بإدعاء حق له فى مواجهة (ا) ، ويطلب القصاص به فيما عليه ؛ هنا يعتبر (ب) أنه طالب بدوره بحقه قضاء ، فينقطع تقادمه .

ويجب ، لانقطاع التقادم ، أن تكون المطالبة قضائية ، بمعنى أن ترفع إلى المحكمة ، أو فى الأقل إلى جهة إدارية لها اختصاص قضائى . فلا تكفى المطالبة الودية ، حتى لو تضمنها خطاب مسجل أو بعلم وصول . بل لا يقطع التقادم الإنذار الرسمى الذى يوجهه الدائن إلى مدينه على يد محضر يطالبه فيه بالوفاء[1] . ولا يكفى أيضاً التظلم إلى الجهات الإدارية من قعود المدين عن أداء دينه . ولا يقطع التقادم اتخاذ الإجراءات التحفظية ، كوضع الأختام على أموال المدين المتوفى . وكطلب تعيين قيم على المدين الذى يعتريه جنون أو عته ؛

---

(١) وقد تضمن مشروع القانون نصا يقضى بانقطاع التقادم بالإنذار الرسمى . ولم يأت هذا النص فى القانون . فقد حذفته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، « ولكى تكون أسباب قطع التقادم أكثر دلالة على رغبة صاحب الحق فى اقتضائه وتحفزه لذلك ، فلا يكفى مجرد إرسال إنذار رسمى من حين إلى آخر » أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٣٣٤ .

وعلى وجه الخصوص ، لا يقطع التقادم قيام الدائن بقيد الرهن الضامن للدين أو بتجديد هذا القيد .

ويلزم أن تنصب المطالبة القضائية على ذات موضوع الحق الذى يسرى التقادم بالنسبة إليه . فلا ينقطع التقادم بالدعوى التى ترفع لقاضى الأمور المستعجلة، كدعوى إثبات الحالة أو دعوى تعيين حارس لأن الدعاوى المستعجلة تقوم على طلب إجراءات وقتية لا تمس موضوع الحق . وكذلك لا ينقطع التقادم بطلب المعافاة الذى يتقدم به الدائن ، بغية إعفائه مؤقتاً من رسوم التقاضى ، حتى لو أعلن إلى المدين . لأن طلب المعافاة هو تمهيد للمطالبة بموضوع الحق قضائيا ، ولا يتضمن هذه المطالبة ذاتها .

ويلزم أن توجه المطالبة القضائية إلى المدين . فإن وجهت إلى غيره ، ولم يكن يمثله قانوناً أو اتفاقا فى التقاضى بشأن الحق الذى يسرى التقادم بالنسبة إليه ، ما كان من شأنها قطع تقادمه .

ويلزم . فضلا عما سبق ، لكى تؤدى المطالبة القضائية إلى انقطاع التقادم ، أن تكون تلك المطالبة صحيحة فى ذاتها ، أى إذا نظرنا إليها مجردة عما إذا كانت قد وجهت إلى محكمة مختصة بالفصل فيها أم لا . وعلى ذلك ، فإذا وقعت عريضة الدعوى باطلة لعيب فى الشكل ، ما انقطع التقادم ، لاعتبار المطالبة القضائية كأن لم تقع أصلا . أما إذا كانت المطالبة القضائية صحيحة فى ذاتها ، ولكنها رفعت إلى محكمة غير مختصة بنظرها ، أياً كان سبب عدم الاختصاص ، فإن التقادم ينقطع . وفى هذا تقضى المادة ٣٨٣ فى مستهلها بأنه : « ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة ... » . وعلة هذا الحكم أن قواعد الاختصاص من الصعوبة بحيث تدق معرفتها فى كثير من الأحوال[1] .

---

(١) والمطالبة القضائية تقطع التقادم ، حتى لو رفعت إلى محكمة غير مختصة بنظرها بناء على غلط جسيم من الدائن . فلا يلزم أن يكون غلط الدائن فى هذا الصدد يسيراً يغتفر له . وقد كانت المادة ٥٢٠ من المشروع التمهيدى تستلزم أن يكون هذا الغلط مغتفراً ولم يتضمن القانون هذا الشرط .

وإذا كان من شأن المطالبة القضائية بالحق أن تقطع تقادمه ، فيتحتم أن تأخذ سيرها الطبيعي ، حتى تنتهي بحكم حاسم لموضوع النزاع . فإذا حكم بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة ، اعتبر أن المطالبة القضائية لم توجه إلى المدين أصلا ، وبالتالى اعتبر التقادم أنه لم ينقطع . وكذلك إذا تركت المرافعة فى الدعوى أو قضى ببطلان المرافعة فيها ، اعتبرت الدعوى كأن لم ترفع أصلا ، وزال ما ترتب على رفعها من انقطاع التقادم .

وإذا وجهت المطالبة القضائية إلى المدين مستوفية الشروط التى بيناها ، وأدت بذلك إلى قطع التقادم ، فإنها تظل منتجة هذا الأثر إلى أن ينتهى الفصل فيها بحكم حائز لقوة الأمر المقضى . فإذا صدر هـــذا الحكم ، انتهى انقطاع التقادم ، وبدأ سريان مدة جديدة .

٢ — رأينا أن المطالبة القضائية تقطع التقادم . ويستوى معها ، فى إنتاج هذا الأثر ، الطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس المدين ، أو فى توزيع الثمن المتحصل من أمواله المحجوزة ، وأى عمل آخر يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى (المادة ٣٨٣ فى شطرها الأخير) . فإذا أشهر إفلاس المدين ، وتقدم الدائن بحقه فى تفليسته ، وفقاً لما تقضى به المادة ٢٨٨ تجارى ، أدى ذلك إلى قطع التقادم ؛ لأن ذلك يعتبر بمثابة المطالبة القضائية بحقه . وكذلك الشأن إذا تقدم الدائن فى توزيع ثمن أموال مدينه ، التى حجز عليها وبيعت عليه قضاء ، سواء أ كان دائناً حاجزاً أم أحد الدائنين الذين لهم رهن أو اختصاص أو امتياز على المال المحجوز ، فإن هذا الإجراء يقطع بدوره التقادم ؛ لأنه يعتبر بمثابة مطالبة قضائية من الدائن بحقه . ويقطع التقادم فى النهاية أى إجراء يتخذه الدائن أثناء السير فى دعوى مرفوعة ويطلب فيها الحكم له بحقه ، كما إذا تدخل الدائن فى دعوى مرفوعة على المدين وطالبه فيها بحقه عليه .

٣ — رأينا فيما سبق أن التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية وبإجراءات أخرى تقع بمثابتها ، وهى تقدم الدائن بحقه فى تفليسة المدين أو فى توزيع ثمن أمواله المحجوزة قضاء وأى عمل آخر يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى . على أن كل هذه الإجراءات لا يلجأ الدائن إليها عادة إلا فى الحالة التى لا يكون له فيها سند تنفيذى بحقه ، أى حكم يقضى به أو سند رسمى يتضمنه . فإن كان للدائن سند تنفيذى بحقه ، أمكنه أن يقطع التقادم بالتنبيه على المدين بالوفاء له بحقــه . وهكذا فالتنبيه يقطع التقادم (المادة ٣٨٣) . ويقصد بالتنبيه ورقة تعلن على يد محضر ، وتتضمن تكليف المدين بقضاء الدين الثابت فى سند تنفيذى ، وبيانات أخرى تختلف باختلاف ما إذا كان الدين المطلوب التنفيذ عليه منقولا[1] أو عقاراً[2] . ويلاحظ أن التنبيه يقطع التقادم بذاته وبمجرده ، فلا يلزم بعد ذلك أن يتبعه الإجراء التنفيذى الذى يتلوه عادة ، إلا إذا كان من شأن تخلف هذا الإجراء اللاحق سقوط التنبيه ذاته واعتباره كأن لم يكن[3] .

٤ — وينقطع التقادم ، فضلا عما سبق ، بالحجز الذى يوقعه الدائن على أموال المدين ، بمقتضى الحق الذى يسرى التقادم بالنسبة إليه . وسواء

(١) يلاحظ أن المشرع يطلق فى المادة ٤٦٠ مرافعات على التنبيه بالوفاء فى حالة التنفيذ على المنقول عبارة «التكليف بالوفاء» ، حتى يقصر اصطلاح التنبيه على التنفيذ على العقار . بيد أنه من المفهوم أن التكليف بالوفاء هو عين التنبيه بالوفاء بما يترتب عليه من آثار (أنظر : رمزى سيف ، تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية ، نبذة ١٦٨) ، ومن بينها قطع التقادم .

(٢) أنظر فى البيانات الواجب ذكرها فى التنبيه العقارى ، المادة ٦١٠ مرافعات .

(٣) ففى حالة إجراء التنفيذ على العقار ، ينقطع التقادم بتنبيه نزع الملكية وليس فقط بتسجيل هذا التنبيه . ولكن يتحتم تسجيل هذه التنبيه خلال ٦٠ يوما من إعلانه ، وإلا سقط أثره واعتبر كأن لم يكن (المادة ٦١٣ مرافعات) . ثم إن تسجيل التنبيه يسقط بدوره ، إذا لم يعقبه خلال المائتين والأربعين يوما التالية له التأشير على هامشه بما يفيد الاخبار بإيداع قائمة شروط البيع ؛ وذلك ما لم يصدر أمر القاضى بمد هذا الميعاد (المادة ٦١٥/٢ مرافعات) . ويلاحظ أن العقار يعتبر محجوزاً بمجرد تسجيل تنبيه نزع الملكية (المادة ٦١٥/١) .

أن يكون الحجز تحفظياً أو تنفيذياً[١] ، وسواء أكان حجز منقول أم حجز عقار .

٥ — وينقطع التقادم فى النهاية ، بإقرار المدين بالحق الذى يسرى التقادم بالنسبة إليه ، سواء أجاء هذا الإقرار صريحاً ، أم استدل عليه دلالة من الظروف . وفى هذا تقضى المادة ٣٨٤/١ بأنه : « ١ — ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً » .

وهكذا فإقرار المدين بحق الدائن يقطع تقادمه ، سواء أجاء صريحاً أم ضمنياً . ومثال الإقرار الضمنى بالحق أن يدفع المدين جزءاً منه ، أو أن يدفع فوائده ، أو أن يقدم كفيلا أو رهناً لضمانه . أما حصول الدائن على تأمين يضمن له الوفاء بحقه ، من غير أن يسهم المدين فى توفيره له ، كما إذا استصدر إذناً من القضاء فى اختصاصه بعقار للمدين ، وكما إذا تقدم له كفيل من غير طلب من المدين ، فلا يتضمن اقراراً من المدين بالضرورة . لأنه لم يصدر عنه أمر ينطوى على اعترافه بالحق . وكذلك الشأن بالنسبة إلى بقاء التأمين بعد حصوله ، وقيام الدائن بما يؤدى إلى حفظه ، كقيد الرهن وتجديد هذا القيد . وتستثنى من هذا الحكم الأخير الحالة التى يترك فيها المدين مالا من أمواله تحت يد الدائن ضماناً لحقه عليه ، كما هو الشأن فى الرهن الحيازى والحق فى الحبس ؛ إذ أن هـذا الترك يفيد أن المدين يعترف بحق الدائن ، وإلا ماسكت عليه ولجأ إلى استرداد ماله . وقد طبق المشرع نفسه هذه الفكرة بصدد الرهن الحيازى ، حيث جاءت المادة ٣٧٤/٢ تقول : « ٢ — ويعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهوناً حيازياً لوفاء الدين » . وتسرى هذه الفكرة أيضاً على الحق المضمون بالحق فى الحبس[٢]، لاتحاد العلة.

هذه هى الأسباب التى تؤدى إلى انقطاع التقادم . ومن عرضها يبين أنها

---

(١) ويلاحظ أن الحجز التنفيذى يكون مسبوقا بالضرورة بحصول التنبيه ، أى أنه يحصل والتقادم قد انقطع من قبل ، ويكون من شأنه أن يقطع التقادم مرة أخرى ، فيزيل المدة التى تلت حصول التنبيه إلى تاريخ حصوله هو .

(٢) أنظر ما سبق ، نبذة ١٣٤ .

تندرج تحت نوعين أساسيين : (الأول) إجراء يقوم به الدائن وينطوى على المطالبة الجبرية بحقه ، وتحت هذا النوع ، تندرج الأسباب الأربعة الأولى . (الثانى) إجراء يقوم به المدين ، وهو إقراره بحق الدائن صراحة أو ضمناً .

٣٣٤ — أثر انقطاع التقادم

يترتب على انقطاع التقادم ، إذا ما قام سبب من أسبابه ، زوال المدة السابقة على حصوله ، بمعنى أن هذه المدة لا تدخل فى الحساب . ويظل الحال هكذا إلى أن يكف سبب الانقطاع عن إنتاج أثره . وعندئذ يبدأ تقادم جديد ، تحسب مدته من وقف انتهاء سبب الانقطاع . وفى هذا تقضى المادة ٣٨٥/١ بأنه : « ١ — إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، ويكون مدته هى مدة التقادم الأول » .

ويبين مما سبق أن انقطاع التقادم يختلف اختلافاً أساسياً عن وقفه ، فوقف التقادم ، وإن ترتب عليه عدم احتساب المدة التى يستمر قائماً خلالها . إلا أنه لا يزيل المدة التى سرت قبل حصول سببه ؛ بحيث أنه لو زال أثر الوقف ، استأنف التقادم سريانه من اللحظة التى وقف عندها ؛ الأمر الذى يؤدى إلى ضم المدة السابقة على حصوله إلى تلك اللاحقة لانتهائه ، والاعتداد بهما معا . أما انقطاع التقادم ، فلا يترتب عليه فقط عدم احتساب المدة التى يستمر سببه قائما خلالها ، بل هو يؤدى أيضا إلى الإجهاز على المدة التى انقضت قبل تحققه ؛ بحيث أنه لو زال سببه ، بدأ تقادم جديد تحسب مدته من تاريخ هذا الزوال .

هكذا نخلص إلى أن انقطاع التقادم يؤدى إلى زوال المدة التى انقضت قبل حصوله ، وبدء سريان تقادم جديد ، من تاريخ انتهاء سببه . والأصل أن مدة هذا التقادم الجديد هى نفس مدة التقادم القديم الذى انقطع (المادة ٣٨٥/١ فى آخرها) . فإذا كان التقادم السارى هو الطويل أو الخمسى أو الثلاثى أو الحولى ، ثم انقطع ، وبعد ذلك انتهى سبب الانقطاع ، بدأ التقادم الجديد فى السريان ، وتكون مدته هى نفس المدة التى كانت مقررة للتقادم المقطوع ،

أى خمس عشرة سنة ، أو خمس أو ثلاث أو واحدة . على حسب الأحوال .
هذه هى القاعدة العامة . وهى ليست مطلقة . إذ أنه يرد عليها الاستثناءان الهامان الآتيان :

١ — إذا حكم بالدين ، أيا كانت مدة التقادم التى من شأنها أن تسرى عليه بحسب الأصل ، وحاز هذا الحكم قوة الأمر المقضى ، فإن مدة التقادم الذى يسرى عليه بعد هذا الحكم هى ، كقاعدة عامة ، خمس عشرة سنة (المادة ١/٣٨٥). وهكذا فالحقوق التى تثبت بمقتضى الأحكام الانتهائية ، تتقادم بخمس عشر سنة ، حتى لو كانت فى الأصل مما يتقادم بخمس سنوات أو ثلاث أو سنة واحدة أو أية مدة أخرى .

هذا هو الاستثناء الأول . وهو ، كالقاعدة التى يرد عليها ، ليس مطلقا . فيرد عليه بدوره استثناء يتعلق بالالتزامات الدورية المتجددة التى يتضمنها الحكم ، والتى يستحق أداؤها على المدين بعد صدوره ؛ فهذه الالتزامات تتقادم بنفس المدة التى تتقادم بها بحسب الأصل . ومثال هذه الحالة ، أن يصدر حكم يلزم المستأجر بدفع الأجرة المتجمدة عليه وما يستحق منها مستقبلا . فهنا تتقادم الأجرة المستحقة عند صدور الحكم بخمس عشرة سنة ؛ أما الأجرة التى تستحق بعد صدور الحكم ، فتتقادم وفقاً لما تقضى به طبيعتها هى ؛ أى تتقادم بخمس سنين . ومثال الحالة السابقة أيضاً الحكم الصادر بإلزام المدين بالنفقة أو بالفوائد ؛ فما استحق من هذه أو تلك عن صدوره يخضع للتقادم الطويل ؛ أما ما يستحق منها بعد ذلك ، فيخضع للتقادم الخمسى .

٢ — إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة ، وانقطع تقادمه بإقرار المدين ، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة (المادة ٣٨٥ / ٢) . فإقرار المدين بالحق الذى يسقط بالتقادم الحولى يأخذ ، بالنسبة إلى التقادم الجديد الذى يبدأ من حصوله ، أثر الحكم به . ويلزم هنا أن يحصل الانقطاع بسبب إقرار المدين بالحق . فإذا انقطع التقادم بسبب آخر ، كالمطالبة القضائية ، مثلا ، فإن مدة التقادم الجديد تكون نفس مدة التقادم القديم ، أى سنة .

وهذا الحكم مقصور على الحقوق التى يسرى عليها ، بحسب الأصل ، التقادم الحولى . فهو لا يسرى على الحقوق الأخرى التى تسقط بخمس سنين أو ثلاث . فالتقادم الجديد الذى يبدأ بعد الإقرار بتلك الحقوق ، تكون مدته هى نفس مدة التقادم الأول الذى انقطع .

٢٣٥ — كيفية إعمال التقادم

بينا فيما سبق المدد المختلفة للتقادم . وحددنا كيفية احتسابها ، مع إبراز ما يطرأ على سريانها من أسباب الوقف والانقطاع وما يترتب عليها من أثر . والفرض الآن أن مدة التقادم قد اكتملت . ونريد أن نتبين كيفية إعمال أثره .

والقاعدة الأساسية فى هذه المجال أن التقادم لا ينتج أثره بقوة القانون فور اكتمال مدته . بل يلزم لذلك أن يتمسك به المدين ، أو أى شخص آخر غيره ممن يكون لهم مصلحة فى انقضاء الدين بمقتضاه . فإذا لم يحصل هذا التمسك ، بقى الالتزام قائماً ، مهما تقادم عليه العهد . ولا يسوغ إطلاقا للمحكمة أن تقضى بزوال الدين بالتقادم من تلقاء نفسها ، حتى لو تحققت من اكتمال مدته . وفى ذلك تنص المادة ٣٨٧ / ١ على أنه : « ١ — لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين » .

والحكمة من استلزام تمسك المدين أو من فى حكمه بالتقادم لكى ينتج أثره ، أن المشرع يريد ألا يفرض على المدين سبيلا للخلاص من دينه ، برغم أنه لم يؤديه فعلا . فقد يؤذى هذا الأمر ضميره . ولهذا فضل المشرع ، وبحق ، أن يجعل من التقادم مجرد رخصة للمدين فى أن يتحلل من دينه . والأمر بعد ذلك متروك لضميره . فإن طاوعه ضميره على أن يحتمى وراء التقادم ، لزمه أن يتمسك به .

وغنى عن البيان أن المدين هو الذى يحق له أساساً التمسك بالتقادم ، لأن الدين يثقل كاهله ، وفى إعمال أثر التقادم تحرره منه . ولكن التمسك بالتقادم لا يثبت للمدين وحده ، وإنما يثبت أيضاً لكل شخص آخر غيره يكون له مصلحة قانونية فى انقضاء الدين . فهو يثبت لوارث المدين ، حتى تتخلص تركة مورثه من الدين ، فيزيد نصيبه من المتخلف من أموالها . وهو يثبت كذلك لدائنى المدين ، إن كان معسراً ، باسمه ونيابة عنه ، تطبيقاً للدعوى غير المباشرة [(١)] . وهو يثبت أيضاً للكفيل ، بالنسبة إلى الدين المكفول [(٢)] ؛ إذ أن تقرير انقضاء هذا الدين بالتقادم يؤدى إلى براءة ذمته بالتبعية . ويجوز أيضاً لحائز العقار المرهون ضماناً لدين معين أن يتمسك بتقادم هذا الدين ، حتى يخلص عقاره من الرهن . ويسوغ فى النهاية للمدين المتضامن أن يتمسك بتقادم الدين التضامنى ، فيما يتعلق بنصيب المدين المتضامن معه الذى اكتمل التقادم بالنسبة إليه ، حتى لو كان التقادم لم يكتمل بالنسبة إليه هو ؛ وفى هذه الحالة ، تبرأ ذمته من الدين بقدر حصة زميله الذى اكتمل التقادم بالنسبة إليه .

وفى جميع الأحوال التى يسوغ فيها لغير المدين أن يتمسكوا بالتقادم ، كان لهم أن يفعلوا ذلك ، حتى لو قعد المدين نفسه عن التمسك بالتقادم . على أنه إذا نزل المدين عن التمسك بالتقادم ، ما ساغ لغيره بعد ذلك أن يتمسك به ، إلا إذا تقرر عدم نفاذ هذا النزول فى حقه ، تطبيقا للدعوى البولصية .

خلاصة كل ما سبق أن التقادم لا ينتج أثره بقوة القانون بمجرد اكتمال مدته ، بل يلزم لذلك أن يتمسك به المدين أو أى شخص آخر غيره تكون له مصلحة قانونية فى انقضاء الدين ، وأنه لا يسوغ للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . بيد أنه إذا حصل التمسك بالتقادم ممن يملكه ، وكانت

---

(١) وفى تمسك الدائنين عن مدينهم بتقادم الدين الذى عليه لغيرهم وفقاً للدعوى غير المباشرة مصلحة ظاهرة لهم . إذ الفرض أن المدين هنا معسر . وفى تقرير تقادم الدين الذى عليه لغيرهم ابعاده عن مزاحمتهم .

(٢) وهذا فضلا عن حقه فى التمسك بتقادم التزامه هو ككفيل .

شروطه متوافرة ، وجب على القاضى أن يحكم بانقضاء الدين . فالأمر ليس جوازياً للقاضى يترخص فيه بسلطته التقديرية . وكأن كل سلطة القاضى هنا لا تتجاوز التحقق من توافر شروط التقادم ومن حصول التمسك به ممن يملكه . وفى كل هذا يتشابه التقادم مع المقاصة .

ويلزم أن يحصل التمسك بالتقادم أمام المحكمة (١) . فلا يكفى أن يقع خارجها ، كما إذا حصل فى خطاب أو إنذار وجهه المدين للدائن .

والغالب الساحق فى العمل أن يحصل التمسك بالتقادم فى صورة الدفع ، كأن يرفع الدائن على مدينه دعوى يطالبه فيها بحقه عليه ، فيدفع المدين تلك الدعوى بتقادم هذا الحق . بيد أنه لا يوجد ثمة ما يمنع قانوناً من أن يحصل التمسك بالتقادم فى صورة دعوى ، كما إذا أراد المدين أن يطمئن على براءة ذمته ، فيرفع دعوى على الدائن ، يطلب فيها الحكم بانقضاء الدين على أساس تقادمه .

وإذا حصل التمسك بالتقادم فى صورة الدفع ، كما هو الشأن الغالب ، فإنه يسوغ إجراؤه فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (المادة ٣٨٧ / ٢) . فالدفع بالتقادم دفع موضوعى ، فلا يتقيد تقديمه بترتيب أو بميعاد ، ومن ثم ساغ أن يوجه ، ولو لأول مرة ، أمام محكمة الاستئناف ، وفى أية لحظة قبل إقفال باب المرافعة . ولا تستثنى من هذا الحكم إلا الحالة التى يفسر فيها سكوت المدين عن التمسك بالتقادم على أنه يتضمن نزوله عنه ، مع ملاحظة أن النزول لا يفترض ولا يتوسع فى تفسير ما يؤدى إليه . ولكن لا يجوز التمسك بالتقادم لأول مرة أمام محكمة النقض . لأن محكمة النقض لا تتعرض إلا لتصحيح الأخطاء القانونية التى وقعت فيها محكمة الموضوع . وإن كان المدين لم يتمسك بالتقادم أمام هذه

---

(١) ويستخلص هذا الحكم من نص المادة ١/٣٨٧ الذى يقول بأنه لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم إلا بناء على طلب المدين أو من فى حكمه . فلا بد إذاً من أن يطلب من المحكمة أن تقضى بالتقادم .

المحكمة ، فقضت بإلزامه بالدين ، برغم اكتمال مدة التقادم بالنسبة إليه ، فإن حكمها يكون صحيحا ، لأنه لم يكن للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، كما بينا .

٣٣٦ — النزول عن التمسك بالتقادم

رأينا فيما سبق أن التقادم لا ينتج أثره إلا إذا تمسك به المدين أو أى شخص آخر غيره تكون له مصلحة قانونية فى انقضاء الدين . ولا يوجد ثمة ما يمنع الشخص الذى يحق له التمسك بالتقادم أن ينزل عنه ، بعد ثبوت حقه فى الإفادة منه ، أى بعد اكتمال مدته ، بشرط أن تتوافر فيه أهلية التصرف فى الحق الذى يسرى بصدده (المادة ٣٨٨ / ٢) .

وليس فى النزول عن التمسك بالتقادم بعد اكتماله أية مخالفة للنظام العام . فالتقادم لا يتعلق بالنظام العام ، إلا من حيث أنه يقرر للمدين بعد اكتماله رخصة فى التخلص من الدين ، استقراراً للأوضاع التى استمرت زمنا طويلا . وسيان بعد ذلك أن يفيد المدين من تلك الرخصة بعد ثبوتها له أو لا يفيد .

ونكرر أن التنازل عن التمسك بالتقادم لا يقع صحيحاً إلا بعد اكتمال مدته . وسواء بعد ذلك أن يجىء هذا التنازل صريحاً أو أن يستخلص ضمناً من الظروف ، ما دامت تقطع بحصوله . إذ أن النزول عن الحق لا يفترض . ومثال النزول الضمنى عن التقادم أن يجىء المدين بعد اكتمال مدة التقادم فيطلب من الدائن أو القاضى مهلة لوفائه ، أو أن يقدم كفيلا أو رهنا لضمانه ، أو أن يقوم بأى عمل آخر يستدل منه بدون شك أو غموض اعترافه ببقاء الدين فى ذمته . وعلى هذا فالأعمال التى تصدر من المدين وتنطوى على إقراره بمشغولية ذمته بالدين بعد اكتمال مدة التقادم ، تتضمن نزوله عن التمسك به . أما إذا صدرت منه هذه الأعمال أثناء سريان مدة التقادم ، أدت إلى انقطاعه .

والنزول عن التقادم بعد اكتمال مدته لا يسرى إلا على المدة السابقة على حصوله . فهو لا يحول دون بدء تقادم جديد ، تتحدد مدته وفقاً للقواعد التى تحدد التقادم الجديد الذى يبدأ سريانه بعد انقطاع التقادم الذى كان سارياً من قبل .

وإذا حصل النزول عن التقادم من المدين ، جاز لدائنيه أن يطعنو فيه بالدعوى البولصية ، وفقاً لصريح نص المادة ٣٨٧ / ٢ .

وإذا ساغ النزول عن التمسك بالتقادم بعد اكتمال مدته ، فإنه لا يسوغ النزول عنه قبل ذلك . وفى هذا تقضى المادة ٣٧٨ / ١ بأنه : « ١ — لايجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فىمدة تختلف عن المدة التى عينها القانون» فلا يجوز إطلاقا ، قبل أن يكتمل التقادم ، أن يتفق الدائن مع المدين على أن الدين لا ينقضى به . ولكن يجوز بطبيعة الحال أن ينزل المدين عن المدة التى انقضت من قبل ، حتى لو كان التقادم لا يكتمل بها . إذ أن هذا النزول يتضمن إقراراً ضمنياً من المدين بالدين ، فينقطع تقادمه .

٣٣٧ — أثر التقادم

إذا اكتملت للتقادم مدته ، وتمسك به المدين ، أنتج أثره . ويتركز هذا الأثر فى انقضاء الالتزام . على أن انقضاء الالتزام المترتب على التقادم لا يقع مطلقاً . فالتقادم ينفرد بين غيره من أسباب انقضاء الالتزام بأنه لا يزيله كاية . فهو يقتصر على أن يرفع عنه صفته المدنية ، أى عنصر الجبر والإلزام فيه ، أو عنصر المسئولية عنه . ويبقى الالتزام بعد ذلك واجباً أداؤه على المدين ، بعد أن تجرد عن عنصر الجبر والإلزام ؛ أى أنه ينحدر إلى التزام طبيعى . وهكذا نصل إلى أن التقادم يؤدى إلى انقضاء الالتزام باعتباره مدنياً ، ويجعله يهوى إلى التزام طبيعى . وفى ذلك تقضى المادة ٣٨٦/١ بأنه : « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام . ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى» .

ونكرر أن التقادم لا يؤدى إلى انقضاء الالتزام فى الحدود التى رسمناها

إلا بعد أن يتمسك به المدين عقب اكتمال مدته . فمجرد اكتمال مدة التقادم لا يؤدى بذاته إلى انقضاء الالتزام . وعلى ذلك فإذا وفى المدين الدين ، بعد اكتمال مدة تقادمه ، وقبل أن يتمسك بانقضائه على أساسه ، كان وفاؤه صحيحاً ، باعتباره مبرئاً ذمته من دين مدنى ، وليس باعتباره مبرئاً ذمته من دين طبيعى . ويترتب على ذلك أنه لا يسوغ له استرداد ما دفع ، حتى لو كان جاهلا أن مدة التقادم قد اكتملت .

وإذا كان التقادم يؤدى، عقب التمسك به ، إلى انقضاء الالتزام ، فى الحدود التى بيناها ، فهو يحدث هذا الأثر ليس ابتداء من هذا الوقت فحسب ، ولكن من وقت بدأ سريان التقادم كذلك . فللتمسك بالتقادم أثر رجعى يستند إلى تاريخ بدء سريانه . وهكذا فالدين الذى يصيبه التقادم يعتبر منقضياً ، ليس فقط من وقت التمسك بالتقادم ، ولكن من وقت بدء سريانه أيضاً . ويترتب على ذلك نتيجة هامة ، وهى أن انقضاء الدين بالتقادم يؤدى بذاته إلى انقضاء فوائده وملحقاته الأخرى ، حتى لو كانت مدة التقادم الخاصة بهذه الفوائد والملحقات لم تكتمل (المادة ٣٨٦ / ٢) . والسبب فى ذلك أن الفوائد والملحقات هنا تعتبر أنها لم تستحق على المدين أصلا ، بسبب اعتبار الدين الذى ترتبت عنه منقضياً من قبل أن يرتبها .

٣٣٨ — التفرقة بين مدد التقادم المسقط ومواعيد السقوط

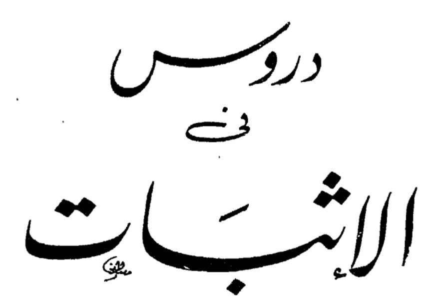
رأينا أن التقادم المسقط نظام مؤداه أن تمضى فترة يحددها القانون على الحق بعد نشأته واستحقاق أدائه دون أن يباشره صاحبه ، ويترتب عليه انقضاء هذا الحق . وإلى جانب التقادم المسقط ، يوجد نظام يشتبه معه إلى حد كبير ، وهو نظام السقوط déchéance . ومؤدى هذا النظام الأخير أن يفرض القانون ميعاداً محدداً للقيام بعمل ما من شأنه أن يكسب صاحبه حقاً لو تم خلاله ، وإلا ما كان له أن يجريه . ومثال مواعيد السقوط ما تقضى به المادة ١٤٠ من وجوب رفع دعوى إبطال العقد لنقص الأهلية أو لعيب فى

الرضاء خلال ثلاث سنوات تبدأ في نقص الأهلية من يوم زوال سببها ، وفي الغلط والتدليس من يوم انكشافه ، وفي الإكراه من يوم انقطاعه ، مع مراعاة أن دعوى الإبطال لعيوب الرضاء تسقط على أية حال بمضى ١٥ سنة من وقت تمام العقد . ومثال مواعيد السقوط أيضاً ما تقضى به المادة ١٢٩/٢ من وجوب رفع الدعوى الناشئة عن الاستغلال خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة ، والمواعيد التي يحددها القانون لاستعمال الشفعة ، وميعاد الثلاث السنوات الذي يسوغ لمالك المنقول المسروق أو الضائع أن يسترده خلاله ممن يحوزه بحسن نية (المادة ٩٧٧ / ١) ، وكافة مواعيد المرافعات .

ونظام السقوط ، وإن تشابه إلى حد كبير مع التقادم المسقط ، إلا أنه يختلف عنه اختلافاً أساسياً . فمواعيد الأول ، بخلاف مدد الثاني ، هي مواعيد حتمية لا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع ، وإنما يجب إلزاماً أن يتم العمل أو الإجراء المطلوب خلالها ، وإلا سقط الحق فيه . ثم إنه يتحتم على القاضي أن يراعي ، ولو من تلقاء نفسه ، مواعيد السقوط ؛ بمعنى أنه لو مضت هذه المواعيد ، وجب عليه يحكم بالسقوط ، حتى لو لم يحصل التمسك به من صاحب الشأن . وفي هذا اختلاف بارز بين السقوط والتقادم الذي يلزم التمسك به من صاحب المصلحة فيه .

وقد تدق في بعض الحالات ، معرفة ما إذا كنا بصدد مدة للتقادم أو ميعاد للسقوط . وقد تعددت في ذلك المقاييس والمعايير التي قال بها الفقهاء . ويضيق هنا المجال عن ذكرها ، لا سيما أنها كلها معايير تقريبية لا تقضي في الأمر بالقول الفصل . ولعل أنجع سبيل هنا هو أن ننظر في كل حالة على حدة ، لتعيين ما إذا كان الميعاد الذي تتضمنه هو للتقادم أو للسقوط ، مهتدين في ذلك بالحكمة التي أدت بالشارع إلى فرضه .

(تم بحمد الله وتوفيقه)



للدكتور
عبد الودود يحيى
مدرس القانون المدني
بكلية الحقوق — جامعة القاهرة

ملتزم الطبع والنشر
مكتبة القاهرة الحديثة
١٦٩ شارع التحرير بالقاهرة

دار الحمامى للطباعة
شارع الجيش ٢ كنيسة الأرمن

مقـدمة

١ — تعريف الإثبات :

والإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يحددها القانون على صحة واقعة يدعيها أحد طرفي الخصومة وينكرها الطرف الآخر .

٢ — أهمية الإثبات :

والإثبات بهذا المعنى له أهمية كبيرة من الناحية العملية ، إذ ماهي القيمة العملية للحق إذا عجز صاحبه — عند المنازعة فيه — أن يقيم الدليل على مصدر هذا الحق ، بل إن كثيراً من المتقاضين يخسرون دعاواهم ، ويفقدون بالتالي حقوقهم لأنهم لم يستطيعوا تقديم الدليل الذي يتطلبه القانون لإثبات هذه الحقوق . ولذلك يقال إن الحق إذا لم يقم عليه دليل فإنه يصبح عند المنازعة هو والعدم سواء ، وأن الدليل هو الذي يحمي الحق ويجعله مفيداً[1] . كما جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني أن « الحق يتجرد من قيمته مالم يقم الدليل على الحادث المبدىء له ، قانونياً كان هــذا الحادث أو مادياً . والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع فيه »[2] .

٣ — تنظيم الإثبات :

لما كان للإثبات هذه الأهمية العملية البالغة ، كان لابد أن تعنى بتنظيمه جميع التشريعات ، وذلك ببيان الوسائل التي تمكن القاضي من الوصول إلى الحقيقة فيما يعرض عليه من منازعات ، حتى يستطيع بذلك أن يحقق العدالة والمشرع إذ يفعل ذلك إنما يسلك أحد مذاهب ثلاثة : فهو إما أن يطلق يد

(١) بلانيول ، زيبير ، اسمان ، رادوان ، جابولد ، الطبعة الثانية جزء ٧ رقم ١٤٠٦ ص ٨٢٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٤٩ .

القاضى فى تحرى الحقيقة بأية وسيله تؤدى إلى ذلك ، وهذا مذهب الإثبات الحر أو المطلق . وإما أن يقيد سلطة القاضى فى ذلك بأن يضع له الأدلة على سبيل الحصر بحيث لايسمح للخصوم أن يسلكوا غيرها فى إثبات حقوقهم ، كما يبين له قوة كل دليل بحيث لايستطيع القاضى أن يعطى دليلا غير القوة التى أعطاها القانون له . وهذا مايسمى مذهب الإثبات المقيد أو الإثبات القانونى . وأخيرا قد يسلك المشرع مذهبا وسطا بين المذهبين السابقين وهذا هو المذهب المختلط فى الإثبات .

٤ — مذهب الإثبات الحر أو المطلق .

فى هذا المذهب لايحدد القانون طرقا معينة للإثبات يلزم الخصوم والقاضى بها ، وإنما يكون الخصوم أحرارا فى اختيار الأدلة التى يرون أنها تؤدى إلى إقتناع القاضى ، ويكون القاضى حرا فى تكوين اعتقاده من أى دليل يقدم إليه ، بل إن القاضى يستطيع أن يقوم بدور إيجابى فى تحرى الحقيقة بجميع الطرق التى يراها مؤدية إلى ذلك . وهذه الحرية الواسعة الممنوحة للقاضى تجعل الحقيقة التى يصل إليها فى موضوع النزاع أقرب ماتكون إلى الحقيقة الواقعية . ولكن يعاب على هذا المذهب أنه لايحقق الثقة والاستقرار فى التعامل ، وذلك لاختلاف التقدير من قاض إلى آخر . هذا إلى أن القاضى قد لايكون نزيها فيسىء استعمال السلطة الممنوحة له دون رقابة عليه من القانون .

وهذا المذهب مأخوذ به فى القانون الألمانى والسويسرى والقانون الانجليزى والأمريكى ، وتأخذ به جميع الشرائع فى المواد الجنائية .

٥ — مذهب الإثبات المقيد .

وفقا لهذا المذهب يحدد القانون طرق الإثبات ، كما يحدد قيمة كل طريق منها ، فلا يستطيع الخصوم أن يثبتوا حقوقهم إلا بهذه الطرق ، ولايستطيع

القاضى أن يقبل منهم غيرها أو أن يعطيها قيمة أقل أو أكثر من القيمة التى حددها القانون لها . وموقف القاضى فى هـــذا المذهب سلبي بحت ، فهو لايستطيع أن يقضى بعلمه الشخصى ولا أن يساهم فى جمع الأدلة وإنما يقتصر على ماقدمه الخصوم فى الدعوى .

وواضح أن هذا المذهب يحقق الاستقرار فى التعامل ، كما يبعث الثقة والاطمئنان فى نفوس المتقاضين ، ولكن يؤخذ عليه أنه يسلب القاضي كل سلطة ويمنعه من أن يحكم بما يتفق مع الحقيقه الواقعة إذا كان الوصول إليها بغير طرق الإثبات التى حددها القانون .

٦ — مذهب الإثبات المختلط .

وهذا المذهب وسط بين المذهبين السابقين يأخذ مافيهما من مزايا ويتلافى مافيهما من عيوب ، فهو يأخذ بمبدأ حياد القاضي ويحدد الأدلة ، كما يعين قوة بعضها فى الإثبات وهو بذلك يحقق الاستقرار فى التعامل ويتجنب تحكم القاضي . ولكنه فى الوقت نفسه يخفف من مساوىء الإثبات المقيد بإعطاء القاضي سلطة واسعة فى تقدير الأدلة التى لم يحدد لها القانون قوة معينة كالبنية والقرائن القضائية . فحيث تجوز البنية ، يستطيع القاضى أن يأخذ بها أو يطرحها ، كما أن له عند اختلاف الشهود أن يغلب شهادة القلة على شهادة الكثرة . وكذلك الأمر بالنسبة للقرائن القضائية حيث يملك القاضى بالنسبة لها سلطة مطلقة فى التقدير .

وهذا المذهب فى الإثبات هو الذى أخذت به التشريعات اللاتينية كالقانون الفرنسى والقانون الإيطالى ، كما أنه المذهب الذى أخذ به القانون المصرى .

٧ — طبيعة قواعد الإثبات :

تشمل النصوص المنظمة للإثبات نوعين من القواعد ، قواعد موضوعية وقواعد شكلية

فالقواعد الموضوعية هى التى تحدد الأدلة وتبين الحالات التى يستعمل فيها كل دليل ، كما تبين محل الإثبات والخصم الذى يقع عليه عبئه .

وأما القواعد الشكلية فهى التى تبين الإجراءات التى تتبع عند تقديم الأدلة الخاصة بنزاع معروض أمام القضاء .

وقد راعت الشرائع اللاتينية هذا الاختلاف فى طبيعة قواعد الإثبات ، فوضعت القواعـــد الموضوعية فى القانون المدنى ، بينما وردت القواعد الشكلية فى قانون المرافعات[1] .

على أن هذا الاختلاف فى طبيعة قواعد الإثبات قد جعل بعض التشريعات تفرد للاثبات تشريعا مستقلا كما فى القانون الانجليزى والقانون الأمريكى . كما جعل البعض الآخر ينظم الإثبات ضمن قانون المرافعات كما فعل القانون الألمانى

٨ — عمومية قواعد الإثبات :

نظم القانون المدنى المصرى الإثبات فى الباب السادس من الكتاب الأول الخاص بالالتزامات (المواد من ٣٨٩ إلى ٤١٧) تحت عنوان « اثبات الالتزام » . ولكن هذا لا يعنى أن هذه الأحكام قاصرة على الالتزامات وإنما هى عامة التطبيق وقد حرصت المذكرة الايضاحية للقانون المدنى على

---

(١) فمثلا القاعدة التى تقضى بأن البينة لاتجوز فى إثبات التصرف القانونى الذى تزيد قيمته على عشرة جنيهات قاعدة موضوعية نص عليها القانون المدنى (المادة ١/٤٠٠ مدنى) . بينما القاعدة التى توجب أن تؤدى الشهادة شفاها ولا تجيز استعمال مفكرات مكتوبة إلا باذن المحكمة ، قاعدة إجراءات ورد ذكرها فى قانون المرافعات (المادة ١٢٦ مرافعات) . عبد المنعم الصده ، الإثبات فى المواد المدنية ، الطبعة الثانية رقم ٧ ص ١٠ .

تأكيد هذا المعنى ، فجاء فيها أن الأحكام الخاصة بالإثبات « تسرى على جميع الوقائع القانونية المبدئة للحقوق ، مالية كانت هـــذه الحقوق أو عينية أو معنوية(١) » .

٩ — موضوعات الإثبات وخطة الدراسة :

بعد هذه المقدمة الصغيرة نبدأ دراستنا للأحكام الموضوعية فى الإثبات التي نظمتها المواد من ٣٨٩ إلى ٤١٧ من القانون المدنى . أما القواعد الشكلية التى وردت فى قانون المرافعات فلن نتعرض لها إلا إذا كان ذلك ضروريا .

وتنقسم دراسة هذه القواعد إلى قسمين ، نتكلم فى القسم الأول عن المبادىء العامة فى الإثبات ، وهى تشمل محل الإثبات ، وعبئه ، ومدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام .

وفى القسم الثانى نتناول طرق الإثبات أو الأدلة التى وردت فى القانون المدنى وهى الكتابة والبينة والقرائن والإقرار واليمين .

وهذا القسم سنقسمه إلى بابين نتكلم فى الباب الأول عن طرق الإثبات العادية أو الأصلية وهى الكتابة والبينة والقرائن ، ونتكلم فى الباب الثانى عن طرق الإثبات غير العادية وهى الاقرار واليمين .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٤٨ .

القسم الأول

المبادىء العامة فى الإثبات

أولا — محل الاثبات

١٠ — محل الأثبات هو الواقعة القانونية

إذا ادعى شخص بحق أمام القضاء ، فإنه يجب عليه ـ لكى يحكم له بما يدعى ـ أن يقيم الدليل على الواقعة القانونية المنشئة لهذا الحق . فمن يطالب آخر بدين عليه أن يثبت العقد أو الفعل الضار مثلا ، الذى يعتبر مصدرا لهذا الدين . فالإثبات إذا لا يرد على الحق ذاته وإنما يرد على الواقع القانونية التى يترتب عليها هـذا الحق ، ذلك أن الحق إن هو إلا أثر يترتب على واقعة قانونية ، فإذا استطاع المدعى أن يثبت هذه الواقعة القانونية فإنه يكون بذلك قد أثبت وجود الحق المطالب به .

والوقائع القانونية التى تعتبر مصدرا للحقوق إما أن تكون وقائع مادية أو تصرفات قانونية .

فالوقائع المادية تشمل الوقائع الطبيعية كالوفاة التى يترتب عليها إنتقال حقوق المتوفى إلى ورثته ، كما تشمل الأفعال المادية التى تصدر من الإنسان كارتكاب جريمة حيث يترتب على ذلك نشوء حق للمضرر فى مطالبة مرتكب الجريمة بالتعويض . وتتميز الوقائع المادية بأن القانون هو الذى يحدد آثارها سواء اشتركت فى وجودها إرادة الشخص أم لم تشترك .

وأما التصرف القانونى فهو إتجاه الإرادة إلى أحداث أثر قانونى معين وهو إما أن يصدر من جانبين كما فى البيع والإيجار وإما أن يصدر من جانب واحد كما فى الوصية .

وتقسيم الوقائع القانونية إلى وقائع مادية وتصرفات قانونية له أهمية فى الإثبات ، فالوقائع المادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات لأن طبيعة هذه الوقائع تأبى أن يتطلب المشرع بشأنها دليـــلا معينا . على عكس ذلك التصرفات القانونية ، فقد رأينا أن الإرادة هى التى تتحكم فى وجودها وفى تحديد آثارها ، ولذلك نجد أن المشرع يتطلب أساسا الكتابة لإثباتها ، ولا يسمح بالبينة إلا إذا لم تجاوز قيمة التصرف القانونى حدا معينا .

١١ — القاعدة القانونية ليست محلا للأثبات .

إذا أثبت الخصم الواقعة القانونية التى تعتبر مصدرا لحقه ، فإن القاضى يحكم له بما يدعيه دون أن يكلفه بإثبات القاعدة القانونية التى تقرر الحق كأثر للواقعة القانونية التى ثبتت ، ذلك أن الأصل أن القاعدة القانونية ليست محلا للأثبات ، لأن القاضى يعلم بها وواجبه أن يطبقها دون أن يطلب من الخصوم إثباتها ولا يعتبر استثناء من هـذا الأصل أن يقوم الخصوم ووكلاؤهم من المحامين بتفسير قاعـده قانونية تفسيرا يتفق ومصلحتهم فى الدعوى ، لأن الأمر فى هذه الحالة يتعلق بتفسير القاعدة القانونية لا بإثباتها. ومع ذلك فيجب على الخصم أن يثبت القاعدة القانونية التى تطبق على النزاع وذلك فى الأحوال الإستثنائية الآتية : —

١ — العرف والعادة : إذا كان العرف عاما فإنه يأخذ حكم القاعدة التشريعية فيفترض علم القاضى به ، ولا يطالب الخصم الذى يستند إلى قاعدة قانونية مصدرها العرف ، أن يثبت هذه القاعدة .

وإذا كان العرف محليا فلا يمكن افتراض علم القاضى به ، بل يأخذ العرف فى هذه الحالة حكم الواقعة القانونية وبالتالى يجب على من يستند إليه أن يثبته [1]

---

(١) سليمان مرقس ، أصول الإثبات فى المواد المدنية ، فقرة ١٩ ، عبد المنعم الصده ، الإثبات فى المواد المدنية فقرة ٢٠ .

وأما العادة الاتفاقية فهى – على خلاف العرف – ليست لها قوة ملزمة إذ هى لا تكون ملزمة إلا إذا تبين من ظروف الاتفاق أن المتعاقدين قصدا اتباع حكمها صراحة أو ضمنا ، فهى تكون مجرد واقعة يقع إثباتها على من له مصلحة فى ذلك .

٢ – القانون الأجنبى :

إذا كانت القاعدة القانونية الواجبة التطبيق هى قاعدة قانون أجنبى تقضى قواعد الاسناد بتطبيقها ، فوفقا لما ذهب إليه القضاء الفرنسى يأخذ القانون الأجنبى حكم وقائع الدعوى ، فلا يفترض علم القاضى به ، ويتعين على الخصم إثباته(١). وهذا أيضا هو ما ذهب إليه القضاء المصرى مقتضيا فى ذلك أثر القضاء الفرنسى(٢). ومع ذلك فالرأى الغالب فى الفقه ينتقد بحق مسلك القضاء ويرى أن القاعدة القانونية لا تتغير طبيعتها لمجرد أن الذى يقوم بتطبيقها هو قاض أجنبى(٣)، فالقانون الأجنبى يأخذ حكم القانون الوطنى يفترض علم القاضى به ولا يطلب من الخصوم إثباته .

١٢ – شروط الواقعة القانونية محل الاثبات :

يهدف الاثبات إلى إظهار حقيقة واقعة يدعيها أحد طرفى الخصومة وينازع فيها الطرف الآخر . ولذلك يجب أن تتوافر فى الواقعة المراد إثباتها الشروط التى تجعلها صالحة لإظهار هذه الحقيقة . وقد نصت المادة ١٥٦ من قانون المرافعات على شروط ثلاثة يجب توافرها فى الواقعة محل الاثبات بقولها « يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى منتجة فيها جائزا قبولها » . وهناك شرطان آخران تقضى طبيعة الأشياء بتوافرهما ،

(١) بلانيول ، ريبير ، اسمان ، رادوان ، جابولد ، الطبعة الثانية جزء ٧ رقم ١٤٠٩ ، والأحكام المشار إليها فى هامش ٣ ص ٨٣٢ .

(٢) السنهورى ، الوسيط ، جزء ٢ رقم ٣٨ ص ٥٤ .

(٣) بلانيول وريبير ، المرجع السابق رقم ١٤٠٩ ص ٨٣٢ ، وعبد المنعم الصدة فقرة ٢٨ .

فيجب أن تكون الواقعة محل نزاع وأن تكون محددة . وعلى ذلك يجب أن يتوافر في الواقعة محل الاثبات خمسة شروط هي :ـ

(١) أن تكون الواقعة محل نزاع (٢) محددة (٣) متعلقة بالدعوى (٤) منتجة فيها (٥) جائزة القبول

أولا ـــ يجب أن تكون الواقعة محل نزاع (contesté)

وهذا شرط بدهي ، فالاثبات يهدف إلى إظهار حقيقة واقعـــة متنازع عليها ، فإذا لم يوجد نزاع بأن كان الخصم مسلما بصحة الواقعة المدعاة . فلن يكون هناك مبرر لأن تضيع المحكمة وقتها في تحقيق هذه الواقعة . وقد قضت محكمة النقض ـ في نزاع على ملكية أرض بين الحكومة وأحد الأفراد ـ بأنه إذا كان الشخص معترفاً بأن الأرض المتنازع عليها هي من أملاك الحكومة الخاصة ولكنه مع ذلك تملكها بالتقادم ، ثم بحثت المحكمة مع ذلك مستندات ملكية الحكومة لهذه الأرض وقضت بأنها غير كافية ، فإن حكمها يكون مخالفا للقانون لأنه بحث واقعة مسلما بها من الخصم (١)

ثانيا ـــ يجب أن تكون الواقعة محددة (Determiné)

وهذا أيضا شرط بدهي لأن الواقعة الغير محددة لا يمكن إثباتها . فإذا طالب شخص آخر بدين مصدره عقد ، فيجب أن يحدد هذا العقد تحديدا كافيا حتى يمكن التأكد من أن الدليل الذى سيقدم يتعلق بهذا العقد بالذات دون غيره ، بأن يذكر مثلا أنه عقد بيع سيارة معينة في تاريخ معين .

وإذا كانت الواقعة محددة فإنها تصلح لأن تكون محلا للإثبات ، يستوى

(١) نقض مدني في ٢٣ نوفبر ١٩٣٣ ، ملحق القانون والاقتصاد السنة الرابعة ص ١٦ . وإذا أغفل الحكم اعترافا صادرا من المدعي عليه بصحة واقعة يدعيها الخصم دون أن يبين سبب إغفاله واعتبر المدعي عاجزا عن إثبات تلك الواقعة مع تسليم الخصم بها ، فان الحكم يكون قاصرا ويتعين نقضه (نقض مدني في ٩ مارس ١٩٥٠ ، مجموعة أحكام محكمة النقض السنة الأولى رقم ٨٢ ص ٣٢٤ .

في هذا أن تكون واقعة إيجابية أو أن تكون واقعة سلبية . فإثبات عقد أو فعل ضار كمصدر للحق المطالب به يعتبر إثباتا لوقائع إيجابية . وأما الواقعة السلبية المحددة فيمكن إثباتها بإقامة الدليل على واقعة إيجابية منافية لها . فإذا طولب شخص بتعويض عن فعل ضار وقع منه فى وقت ومكان معينين ، فإنه يستطيع أن يثبت عدم وقوع الفعل الضار منه بإثبات أنه كان فى مكان آخر فى ذلك الوقت . وإذا أراد الطبيب أنه يثبت عدم تقصيره فى علاج مريض فإنه يستطيع إثبات ذلك بإثبات أنه قام بالعناية اللازمة التى يفرضها واجب العلاج . وإذا أراد الدائن فى الالتزام بعدم البناء فى مكان معين أن يثبت عدم وفاء المدين بهذا الالتزام ، فإن ذلك يكون بإقامة الدليل على حصول البناء فعلا .

أما إذا كانت الواقعة السلبية غير محددة فإنها لا تقبل فى الإثبات ، كمن يريد أن يثبت أنه لم يكن مدينا لأى شخص فى أى وقت .

ثالثا — يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالحق المطالب به (Pertinent)

ويقصد بهذا الشرط أن تكون الواقعة المراد إثباتها ذات صلة بالحق المتنازع فيه لكن يؤثر ثبوتها فى الفصل فى الدعوى . أما إذا كانت الواقعة منقطعة الصلة بموضوع الدعوى فلا فائدة فى إثباتها . وهذا الشرط لا تظهر أهميته فى الاثبات المباشر حيث ينصب الاثبات على الواقعة مصدر الحق ، كما إذا أثبت المؤجر عقد الإيجار لكي يطالب بالأجرة ، ففى هذه الحالة تكون الواقعة متعلقة بالحق المطالب به ، بل ومنتجه فى الإثبات أيضا .

ولكن هذا الإثبات المباشر كثيرا ما يكون متعذرا ، ولذلك يلجأ المتقاضى إلى الاثبات غير المباشر ، فيطلب إثبات واقعة قريبة من الواقعة الأصلية بحيث يؤدى ثبوتها إلى جعل الواقعة الأصلية قريبة الاحتمال ، وفى هذه الحالة يشترط أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب

به . فمن يطالب بدين معين لا يقبل منه أن يثبت أنه سبق أن وفى بديون أخرى لعدم تعلق هذه الواقعة الأخيرة بموضوع الحق المطالب به ، ولكن إذا طولب المستأجر بأجرة شهر معين فإنه يستطيع إثبات ذلك بإثبات الوفاء بأجرة شهور لاحقة لأن الواقعة المراد إثباتها فى هذه الحالة تكون متعلقة بالحق المطالب به (١) .

وكون الواقعة متعلقة بالحق المطالب به أو غير متعلقة به ، مسألة موضوعية يستقل بالفصل فيها قاضى الموضوع (٢) .

رابعاً — يجب أن تكون الواقعة منتجة فى الإثبات (Concluant) :

لا يكفى أن تكون الواقعة متعلقة بالحق المطالب به ، وإنما يجب أن تكون منتجة فى الإثبات ، بمعنى أن يكون من شأن ثبوتها أن يوصل إلى إقناع القاضى . ولكن لا يشترط لاعتبار الواقعة منتجة فى الإثبات أن تكون حاسمة فى حل النزاع ، وإنما يكفى أن يتوافر بها أحد عناصر الاقناع (٣) . وعلى ذلك لا يقبل ممن يطالب بدين ، أن يثبت وفاءه بهذا الدين عن طريق إثبات إقرار صادر من غير الدائن ، لأن هذا الاقرار لا يفيد الدائن وبالتالى يكون غير منتج فى الإثبات .

وإذا كانت الواقعة منتجة فى الإثبات فإنها تكون بالضرورة متعلقة بالحق المطالب به . ولكن العكس غير صحيح ، فإذا طالب شخص بملكية عقار بالتقادم الطويل ، وطلب إثبات حيازته لهذا العقار مدة عشر سنوات ، فلن يجاب إلى طلبه ، لأن هذه الواقعة رغم تعلقها بالحق المطالب به غير منتجة

---

(١) السنهورى ، المرجع السابق رقم ٤٢ ص ٦١ .

(٢) ولكن إذا طلب أحد الخصوم إثبات واقعة يرى أنها متصلة بالحق المطالب به ، ورفض قاضى الموضوع إجابته إلى طلبه ، فعليه أن يبين فى حكمه أسباب الرفض ، فان كان هناك قصور فى التسبيب فان ذلك يكون سببا لنقض الحكم . عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق رقم ٣٢ ص ٣٥ .

(٣) عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق رقم ٣٣ ص ٣٥ .

فى الإثبات . لأن مدة الحيازة تقل عن المدة اللازمة لكسب ملكية العقار بالتقادم[١] .

خامساً : يجب أن تكون الواقعة جائزة القبول (Adonissible)

ويقصد بهذا الشرط ألا تكون الواقعة مستحيلة وألا يكون القانون قد منع إثباتها لأسباب تتعلق بالنظام العام أو الآداب . فلا يقبل من شخص أن يثبت أن شهر فبراير يزيد على تسعة وعشرين يوما لأن هذه واقعة مستحيلة عقلا . كما لا يقبل إثبات دين قمار ، أو بيع فى تركة إنسان على قيد الحياة لأن هذا يخالف النظام العام . كذلك لا يقبل إثبات العلاقات الجنسية غير المشروعة ، ولا يجوز - فى جريمة القذف - للقاذف أن يقيم الدليل على صحة ما قذف به ، وذلك لاعتبارات تتعلق بالآداب العامة .

وكون الواقعة جائزة القبول أو غير جائزة مسألة قانونية تخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض .

إذا توافرت هذه الشروط فى واقعة ، فإن من يطلب من الخصوم إثباتها يكون له الحق فى ذلك ، ولا يستطيع القاضى أن يرفض إجابته إلى طلبه وإلا اعتبر هذا إخلالا بحق الدفاع يجعل الحكم مشوبا بعيب يستوجب نقضه[٢] .

ثانيا : عبء الإثبات

١٣ — أهمية توزيع عبء الإثبات :

إن تعيين من يقع عليه عبء الخصوم مسألة بالغة الأهمية من الناحية العملية . ذلك أن تكليف أحد الخصوم بالإثبات يجعل الخصم الآخر فى مركز

(١) السنهورى ، المرجع السابق رقم ٤٣ ص ٦٣ ، جميل الشرقاوى ص ١٧ .

(٢) عبد المنعم الصدة رقم ٣٨ ، والأحكام المشار إليها فى هامش صفحة ٤١ .

أفضل ، لأن موقفه سيكون سلبياً وسيكسب الدعوى دون مجهود ، إذا عجز المكلف بالاثبات عن إقامة الدليل على ما يدعيه . لذلك عني المشرع بتوزيع عبء الإثبات نظرا لما لذلك من أثر على مركز الخصوم فى الدعوى .

١٤ – القاعدة فى توزيع عبء الاثبات :

القاعدة فى توزيع عبء الإثبات هى أن الإثبات على المدعى ، والمدعى فى هذا الخصوص ليس هو حتما من رفع الدعوى وإنما هو من يدعى خلاف الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا . وقد نصت على هذه القاعدة المادة ٣٨٩ مدنى بقولها « على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه » .

ففيما يتعلق بالحقوق الشخصية ، الأصل هو براءة الذمة من أى إلتزام . فإذا ادعى شخص دينا له فى ذمة الغير فإنه يكون مدعيا خلاف الثابت أصلا وعليه إقامة الدليل على ما يدعى ، وذلك بإثبات العقدأو الفعل الضار (مثلا) الذى يعتبر مصدرا لهذا الدين . أما من يتمسك ببراءة الذمة فإنه يتمسك بالوضع الثابت أصلا وبالتالى لا يكلف بأى إثبات .

وإذا نجح الدائن فى إثبات الدين ـ بأن أثبت العقد أو الفعل الضار مصدر الدين ـ انتفى الوضع الثابت أصلا وأصبحت المديونية هى الوضع الثابت عرضاً . فإذا ادعى المدين براءة ذمته فإنه يكون مدعيا خلاف لوضع الثابت عرضا وعليه إثبات هذه البراءة .

وأما بالنسبة للحقوق العينية فالاصل هو احترام الوضع الثابت ظاهرا . فالحق العينى سلطة مباشرة لشخص على شىء معين ، هذه السلطة تخلق وضعاً ظاهرا لصالح من يباشرها ، وعلى ذلك يعتبر من يباشر هذه السلطة صاحب الحق حتى يقوم الدليل على العكس . فحائز الأرض مثلا يعتبر بحسب الظاهر هو المالك لهذه الأرض ولا يطلب منه أن يقيم الدليل على ملكيته . فإذا

ادعى أجنبي ملكيته لهذه الأرض فإنه يكون مدعيا خلاف الظاهر ويقع عليه عبء الإثبات .

كذلك تعتبر الملكية بحسب الأصل خالصة لصاحبها وخالية من كل حق للغير كحق ارتفاق أو رهن . فاذا ادعى شخصا حقا من هذه الحقوق فإنه يكون مدعيا خلاف الظاهر وعليه إثبات ما يدعيه .

١٥ — الوضع الثابت فرضاً (القرينة القانونية غير القاطعة)

إلى جانب الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً توجد أوضاع يفترض القانون وجودها عن طريق قرائن قانونية يقيمها لصالح المدعي [١] فيترتب عليها إعفاؤه مؤقتا من إقامة الدليل على ما يدعيه ويلجأ المشرع إلى هذه القرائن فى حالات يصعب فيها على المدعي إثبات ما يدعيه ، فينشيء القانون لصالحه قرينة يستطيع أن يتمسك بها المدعي إذا توافرت شروط تطبيقها ، فيغنيه بذلك عن إقامة الدليل الذى كان يجب عليه تقديمه لولا وجود هذه القرينة . وعلى ذلك فوجود القرينة القانونية يترتب عليه وجود وضع ثابت فرضا يعفي من يتمسك به من عبء الإثبات ، ويكون على من ينكره إثبات ما يدعيه باعتبار أنه يدعي خلاف الوضع الثابت فرضا [٢] وقد نصت على ذلك المادة ٤٠٤ من القانون المدنى بقولها « القرينة القانونية تغنى من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات ، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك » .

ومن أمثلة القرينة القانونية غير القاطعة ما نصت عليه المادة ٣٩٩ مدنى من أن « التأشير على سند المدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على

---

(١) السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ رقم ٥١ ص ٧٤ ، وعبد الحي حجازى ، الإثبات فى المواد المدنية رقم ٦٩ ص ٥٧ .

(٢) سليمان مرقس ، أصول الإثبات ، الطبعة الثانية رقم ٣٣ ، عبد الحي حجازى ، المرجع السابق رقم ٦٩ .

الدائن إلى أن يثبت العكس ، ولو لم يكن التأشير موقعا عليه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته » هذه القرينة تفترض أن الدائن قد أثبت الدين ، فوفقا للقاعدة العامة يكون على المدين أن يثبت تخلصه من هذا الدين ، فإذا وجد التأشير على سند الدين بما يفيد براءة الذمة فإن المدين لا يطالب بأى إثبات ، بل إن الدائن هو الذى يقع عليه عبء الإثبات إذا أراد أن يناقص دلالة هذا التأشير .

ومن أمثلة ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ٥٧٧ مدنى من أن « الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك ». فى عقد الإيجار إذا طالب المؤجر المستأجر بالأجرة عن مدة معينة ، فإنه — وفقا للقواعد العامة — يجب على المستأجر أن يثبت وفاءه بأجرة هذه المدة . إلا أن المشرع لاحظ أن هذا الإثبات قد يكون صعبا لأن المستأجر لا يحتفظ عادة بإيصالات الوفاء بالأجرة ، ومطالبته بالاحتفاظ بهذه الايصالات مهما طالت مدة الايجار فيه مشقة عليه . لذلك أنشأ المشرع قرينة لصالح المستأجر مؤداها أنه إذا أثبت وفاءه بأحد الأقساط اللاحقة ، فإن ذلك يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة وإذا أدعى المؤجر خلاف ذلك . فإنه يكون مدعيا خلاف الثابت فرضا وعليه إقامة الدليل على ما يدعيه .

يتبين مما تقدم أن القرينة القانونية غير القاطعة يترتب عليها نقل عبء الإثبات من المكلف به وفقاً للقاعدة العامة ، إلى الطرف الآخر فى الخصومة الذى يستطيع أن يثبت عكس هذه القرينة ، فإن نجح ارتد الاثبات إلى الطرف الأول .

وهكذا نرى أن عبء الاثبات يقع على من يدعى خلاف الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهراً أو فرضا ، وهو لهذا ينتقل بين طرفى الخصومة

وفقاً لطبيعة ما يدعيه كل منهما لا فرق فى هذا بين من رفع الدعوى ومن رفعت عليه .

١٦ — تخفيف القضاء لهذه القاعدة

القاعدة إذاً أن عبء الاثبات يقع على المدعى وفقا للمعنى الذى حددناه فإذا نجح المدعى فى إثبات ما يدعيه انتقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر فى الخصومة الذى يستطيع بدوره أن ينفى ادعاءات خصمه فيرتد الاثبات إلى الطرف الأول ، وهكذا ينتقل عبء الاثبات بين طرفى الخصومة حتى يعجز أحدهما عن الاثبات فيخسر الدعوى .

غير أنه يلاحظ أنه يصعب عملا وضع حدود فاصلة ينتقل بعدها عبء الإثبات من طرف إلى آخر ، لأن الخصم كثيرا ما يتعذر عليه تقديم الدليل القاطع الذى يترتب عليه نقل عبء الاثبات إلى الطرف الآخر . لذلك خفف القضاء من شدة هذه القاعدة ، فتكتفى الحاكم من المدعى بما يجعل دعواه قريبة التصديق ثم تطلب من المدعى عليه نفى هذا الادعاء وتكون المحكمة عقيدتها مما يقدمه الخصوم إثباتا أو نفيا ، فهى بذلك تجزىء الإثبات بين طرفى الخصومه . ولا تتطلب من المكلف بالإثبات دليلا قاطعا وإنما تكتفى منه بما يرجح ادعاءه(١).

ثالثاً — قواعد الإثبات والنظام العام

(الإتفاقات المعدلة لقواعد الإثبات)

١٧ — سبق أن رأينا أن قواعد الاثبات ليست كلها من طبيعة واحدة ، فبعضها قواعد متعلقة بالشكل أو بالإجراءات وبعضها قواعد موضوعية ،

(١) عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ، رقم ٤٢ ، سليمان مرقس ، المرجع السابق رقم ٢٥

ولا شك أن النوع الأول من القواعد يعتبر من النظام العام لأنه يتعلق بنظام التقاضي .

أما القواعد الموضوعية وهي القواعد المتعلقة بتحديد محل الإثبات وعبئه وطرقه فلا تعتبر من النظام العام لأنها وضعت لحماية الخصوم ، فيجوز لهم أن يتفقوا على ما يخالفها ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك .

فيجوز الإتفاق على نقل عبء الإثبات من المكلف به أصلا إلى الطرف الآخر في الخصومة . فمثلا تنص المادة ١/٥٧٤ مدني على أن « المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة إلا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه » فوفقا لهذا النص يقع على المستأجر عبء إثبات أن الحريق نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، ولكن ليس هناك ما يمنع من الإتفاق على نقل عبء الإثبات إلى المؤجر ، فيتفق على أن المستأجر لا يكون مسئولا عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت المؤجر خطأ في جانبه (المستأجر)(١) . وقد قضت محكمة النقض بأن القواعد التي تتعلق بتعيين من يقع عليه عبء الإثبات لا تتعلق بالنظام العام ، فإذا كان الخصم قد طلب من المحكمة إحالة الدعوى على التحقيق فلا يجوز له بعد ذلك أن يطعن في الحكم الذي أجابه إلى طلبه على أساس أنه كان متطوعا في إثبات ما هو غير ملزم بعبئه(٢) .

كذلك يجوز الإتفاق على تعديل القواعد المتعلقة بطرق الإثبات ، فيجوز أن يتفق على إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على عشرة جنيهات بالبينة ، مع أن الأصل هو وجوب الكتابة في إثبات هذه التصرفات . وقد أجاز القانون هذه الإتفاقات في المادة ٤٠٠ مدني التي تنص في فقرتها الأولى على أنه « في غير المواد التجارية ، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على

---

(١) السنهوري ، المرجع السابق ، رقم ٥٧ ص ٨٨ .

(٢) نقض ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٢ ، مجموعة أحكام محكمة النقض السنة ٥ رقم ٢٨ ص ٢٠٣

عشرة جنيهات ، أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز البينة فى إثبات وجوده أو انقضائه ، ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

والإتفاق على مخالفة القواعد المتعلقة بطرق الإثبات قد يكون مقدما ، كما يمكن أن يستدل عليه أثناء سير الدعوى ؛ وتطبيقا لهذا قضت محكمة النقض بأن الدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة هو من الدفوع التى يجب إبداؤها قبل التكلم فى موضوع الدعوى ، فعدم تمسك الخصم به قبل سماع شهادة الشهود يفيد النزول عنه فلا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض (١) .

---

(١) نقض جنائى فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥١ ، المحاماة ، السنة ٣٣ رقم ٦٦٦ ص ١٥٤٢ والأحكام المشار إليها فى عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ص ٢١ هامش ٢ .

القسم الثانى

طرق الإثبات

(الأدلة)

١٨ — بيان طرق الإثبات :

ذكر القانون المدنى خمس طرق للاثبات هى :

(١) الكتابة (٢) البنية (٣) القرائن (٤) الإقرار (٥) اليمين .
ويضاف إلى هذه الطرق طريقان آخران ورد ذكرهما فى قانون المرافعات هما المعاينة والخبرة .

والمعاينة هى انتقال المحكمة لمشاهدة محل النزاع وقد نظمها قانون المرافعات فى المواد من ١٨٥ إلى ١٨٨ .

وأما الخبرة فهى نوع من المعاينة تتم بواسطة أهل الخبرة إذا كان النزاع يدور حول مسائل فنية يقصر علم القاضى عن الإلمام بها . وقد وردت الأحكام الخاصة بها فى المواد من ٢٢٥ إلى ٢٥٢ من قانون المرافعات .

ولما كانت المعاينة والخبرة من الموضوعات التى تدخل دراستها فى قانون المرافعات ، فلن نتعرض لها ، وستكون دراستنا قاصرة على طرق الإثبات الخمسة التى نظمها القانون المدنى وهى الكتابة والبنية والقرائن والإقرار واليمين .

فالكتابة تعتبر أهم طريق للاثبات إذ يمكن أن تثبت بها جميع الوقائع القانونية ، سواء أكانت الواقعة عملا ماديا أم تصرفا قانونيا ، فضلا عن أن الكتابة دليل يمكن إعداده مقدما ، أى وقت نشوء التصرف القانونى وقبل أن ينشأ نزاع بشأنه .

والبينة هي شهادة الشهود . وقوتها محدودة في الإثبات ، إذ هي وسيلة لإثبات الوقائع المادية ، ولا يجوز إثبات التصرفات القانونية بها إلا في أحوال استثنائية .

وأما القرائن فهي طريق للاثبات غير المباشر ، لأن الإثبات ، بها لا ينصب على الواقعة محل النزاع وإنما على واقعة أخرى متصلة بها يرى القاضي أن إثباتها يعتبر إثباتا للواقعة الأولى[1]. وهي تنقسم إلى قرائن قانونية ينص عليها القانون ، وقرائن قضائية يستنبطها القاضي من وقائع الدعوى وظروفها .

وأما الإقرار ، فإن كان من الخصم لنفسه فلن يثبت له حقا ، وإن كان عليه فإنه يعتبر اعترافا بواقعة بجعلها في غير حاجة إلى إثبات، ولذلك لا يعتبر الاقرار من طرق الإثبات إلا تجوزا لأنه إذا ما صدر فإن الحق يثبت به لا بحكم القاضي .

وأخيراً اليمين ، وهي احتكام إلى ذمة الخصم إذا عجز المدعي عن إقامة الدليل . وهي كالإقرار لا تعتبر من طرق الإثبات إلا تجوزا ، لأن الخصم إذا وجهت إليه اليمين فحلف فإن القاضي يرفض الدعوى على أساس أن المدعي عجز عن الإثبات . وأما إذا نكل عن اليمين فإن ذلك يعتبر بمثابة الإقرار .

١٩ — تقسيم الأدلة :

يقسم الفقه الأدلة إلى عدة تقسيمات .

فهي تنقسم من حيث حجيتها إلى أدلة ملزمة للقاضي وأدلة مقنعة له . فالأدلة الملزمة هي الاقرار واليمين والكتابة إذا كان معترفا بها من الخصم ،

(١) السنهوري ، المرجع السابق ، رقم ٥٠٨ ص ٩١ .

كما أنها تعتبر كذلك أدلة مطلقة لأنه يمكن بها إثبات جميع الوقائع القانونية سواء أكانت أعمالا ماديا أم تصرفات قانونية .

وأما البينة والقرائن القضائية فهى أدلة مقنعة أو غير ملزمة للقاضى لأنها تخضع لتقديره . وهى كذلك أدلة مقيدة لأنها لا تصلح إلا فى إثبات بعض الوقائع القانونية دون البعض الآخر .

كذلك تنقسم الأدلة من حيث طبيعتها إلى أدلة عادية أو أصلية وأدلة غير عادية أو احتياطية .

فالأدلة العادية هى الكتابة والبينة والقرائن ، وهى تسمى كذلك لأنه يتحقق فيها معنى الدليل باعتباره وسيلة لإقناع القاضى حتى يفصل فى النزاع بناء على هذا الدليل(١) .

وعلى ضوء هـــذا التقسيم الأخير نقسم دراستنا للأدلة إلى بابين . فنعرض فى الباب الأول طرق الإثبات العادية أو الأصلية وهى الكتابة والبينة والقرائن ، وأما الباب الثانى فنخصصه لطرق الإثبات غير العادية وهى الإقرار واليمين .

(١) جميل الشرقاوى ، مذكرات فى الإثبات فى المواد المدنية ، رقم ١٤ ص ٣٣ .

الباب الأول

طرق الإثبات العادية

الفصل الأول

الكتابة

٢٠ — التمييز بين التصرف القانونى ووسيلة إثباته .

الكتابة هى وسيلة الإثبات التى يتطلبها القانون أساسا بالنسبة للتصرفات القانونية . وأما التصرف القانونى فهو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى معين . هذا التصرف قد يكون بإرادة واحدة كما فى الوصية ، وقد يكون بتوافق إرادتين كما فى البيع والايجار وحينئذ يسمى عقدا . وقد جرى العمل على الخلط بين التصرف وأداة إثباته فيقال عقد عرفى أو عقد رسمى ويقصد بذلك ورقة عرفية أو ورقة رسمية . لذلك يجب أن نتحاشى الخلط بين الاثنين ونقصر كلمة «عقد» على التصرف القانونى الذى يتم بتوافق إرادتين، وأما أداة الإثبات أى الورقة المدون فيها ما تم الاتفاق عليه فنسميها ورقة أو محرر ، فالفارق كبير بين التصرف القانونى وأداة إثباته ، إذا قد لا يؤثر بطلان الورقة على صحة التصرف ، كما أن صحة الورقة لا تمنع أن يكون التصرف المثبتة له باطلا .

٢١ — التمييز بين الشكلية وطريقة الاثبات :

كذلك يجب أن نميز بين الكتابة التى نعتبر ركنا شكليا فى بعض التصرفات القانونية ، والكتابة كأداة للاثبات . فقد يتطلب القانون شكلا خاصا فى بعض التصرفات القانونية كالكتابة الرسمية اللازمة فى عقد الهبة (المادة ٤٨٨

مدنى) ، ففى هذه الحالة تكون الكتابة لازمة للانعقاد بحيث يؤدى تخلفها إلى عدم وجود التصرف أصلا .

أما إذا استلزم القانون الكتابة لاثبات التصرف كما فى الكفالة (المادة ٧٧٣ مدنى) ، فإن تخلفها لا يؤثر على وجود التصرف الذى يكون صحيحا ويمكن إثباته بالاقرار أو اليمين .

وإذا لم يتبين من النص ما إذا كانت الكتابة مطلوبة لانعقاد التصرف أو لاثباته ، ولم يمكن الوصول إلى ذلك بطرق التفسير المختلفة ، فإن الكتابة فى هذه الحالة تكون مطلوبة للاثبات لأن القاعدة هى أن تكون التصرفات رضائية ، والاستثناء هو أن يتطلب المشرع شكلا خاصا بالنسبة لبعض التصرفات[1] .

ويجوز — فى عقد رضائى — أن يتفق المتعاقدان على أن يكون التصرف مكتوبا . فإذا تبين من شروط الاتفاق أنهما قصدا تعليق انعقاد التصرف على الكتابة ، ففى هذه الحالة لا يوجد التصرف إلا إذا تم فى الشكل المتفق عليه . وإذا قام شك حول تفسير نية المتعاقدين ، افترض أن الكتابة مشروطة للاثبات لأن « الأصل أن اشتراط الكتابة فى العقود الرضائية إنما يكون لمجرد إثباتها[2] » .

٢٢ — أنواع الأوراق :

تنقسم الأوراق التى تصلح دليلا كتابيا إلى أوراق رسمية وأوراق عرفية . والأولى هى التى يقوم بتحريرها موظف عام مختص كعقد الزواج وعقد الهبة والرهن الرسمى . وأما الأوراق العرفية فهى التى تصدر من الأفراد ، وهى تنقسم بدورها إلى أوراق معدة للاثبات وهذه تكون موقعة

(١) عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ، رقم ٦٧ . عكس ذلك السنهورى ، الوسيط جزء ١ هامش ص ١٥٣ ، ١٥٤ ، حيث يرى أن الكتابة فى هذه الحالة تعتبر لازمة للانعقاد لا للاثبات

(٢) نقض مدنى فى ٢٩ مارس ١٩٥١ ، المحاماة ٣٢–٥٨٦–١٣٩ .

من ذوى الشأن فتعتبر دليلا كاملا . وأوراق لم تعد لتكون أدلة فى الإثبات كالرسائل ودفاتر التجار والأوراق الخصوصية . وقد حدد القانون شروط كل نوع من هذه الأوراق وبين قوته فى الإثبات .

وسنعرض فيما يلى لدراسة الأوراق الرسمية . ثم الأوراق العرفية . ثم نبين الحالات التى يتطلب فيها القانون الكتابة للإثبات .

المبحث الاول

الأوراق الرسمية

١ — شروط الورقة الرسمية

٢٣ — عرفت المادة ١/٣٩٠ من القانون المدنى الورقة الرسمية بقولها : « الورقة الرسمية هى التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ماتلقاه من ذوى الشأن . وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه » .

من هذا النص نتبين أنه يجب أن يتوافر فى الورقة الرسمية ثلاثة شروط (١) أن يقوم بكتابتها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة (٢) وأن يكون هذا الموظف مختصا بكتابتها (٣) وأن يراعى فى كتابتها الأوضاع التى قررها القانون .

٢٤ — أولا — صدور الورقة من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة :

يقصد بالموظف العام كل شخص تكلفه الدولة بالقيام بعمل من أعمالها ، سواء كان يتقاضى أجرا على هذا العمل كالموثق ، أم كان يؤدى عمله دون أجر كالعمدة والمأذون .

ويختلف الموظفون العموميون باختـــلاف الأوراق التى يختصون

بكتاباتها . فالقاضى يعتبر موظفا عاما بالنسبة للأحكام التى يقوم بتحريرها وكاتب الجلسة يعتبر موظفا عاما بالنسبة لمحاضر الجلسات . والمأذون يعتبر موظفا عاما بالنسبة لعقود الزواج وإشهادات الطلاق . ويستوى أن يكون الشخص موظفا بإحدى الإدارات الرئيسية للدولة أم بإحدى الهيئات المحلية أو المنشآت العامة كموظفى المجالس البلدية وموظفى الجامعات ، كما يستوى أن يكون الموظف قائما بعمل يمكن أن تقوم به الشركات أو الأفراد كموظفى مصلحة السكك الحديدية ومصلحة البريد .

ويهمنا بصفة خاصة فئة من الموظفين العموميين تختص بتلقى اتفاقات الأفراد وإقراراتهم وتدوينها فى أوراق رسمية ، وهؤلاء هم الموثقون الذين يختصون بتحرير الأوراق الرسمية المدنية . هؤلاء الموثقون يؤدون عملهم فى مكاتب التوثيق التابعة لمصلحة الشهر العقارى ، وهم يختصون بتوثيق جميع المحررات عدا عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة بالنسبة للمصريين المسلمين فهذه يختص المأذون بتوثيقها . وكذلك عقود الزواج والطلاق بالنسبة للمصريين غير المسلمين حيث يختص بتوثيقها من ينتدب لذلك بقرار من وزير العدل .

ولا يتحتم أن تصدر الورقة العرفية من موظف عام بالمعنى السابق ، بل يكفى أن تصدر من شخص مكلف بخدمة عامة حتى ولو لم يكن موظفا عاما كالخبير بالنسبة للمحضر الذى يحرره بخصوص المهمة التى انتدب لها .

٢٥ ـ ثانيا ـ صدور الورقة من الموظف العام فى حدود سلطته واختصاصه

لا يكفى فى الورقة الرسمية أن تكون صادرة من موظف عام ، وإنما تتطلب المادة ٣٩٠ مدنى أن يكون الموظف العام قد عمل « فى حدود سلطته واختصاصه » .

ويقصد بالسلطة فى هذه الحالة أن تكون للموظف ولاية تحرير الورقة

فإذا صدرت الورقة بعد عزله أو نقله أو وقفه فإنها تكون باطلة . كما يقصد بالسلطة أيضا ألا يقوم بالموظف مانع يجعله غير صالح لتوثيق هذه الورقة بالذات، ذلك أن القانون لا يجيز للموثق أن يباشر توثيق محرر يخصه شخصيا أو تربطه وأصحاب الشأن فيه صلة قرابة لغاية الدرجة الرابعة (١) .

كذلك يجب أن يكون الموظف العام مختصا بتحرير الورقة من حيث نوعها ومن حيث مكان تحريرها . فقد رأينا أن لكل نوع من الأوراق الرسمية موظفين عموميين يختصون بكتابته ، فإذا حرر موظف عام ورقة لا تدخل فى اختصاصه من حيث نوعها فهذه الورقة لا تثبت لهـــا صفته الرسمية ، كما لو حرر المأذون عقد رهن رسمى ، أو حرر المحضر عقدزواج(٢)

وأما بالنسبة للإختصاص المكانى فأساسه أن القانون حدد لكل موظف دائرة إقليمية معينة لا يجوز للموظف العام أن يباشر عمله خارجها . فلا يجوز لموظف مكتب توثيق فى مدينة القاهرة أن يقوم بالتوثيق فى مدينة الإسكندرية مثلا . ويلاحظ أنه لا يقصد بتحديد الاختصاص المكانى لمكاتب التوثيق إجبار الأفراد على تقديم محرراتهم إلى مكتب معين ، إذ أن للأفراد الحرية فى التقدم لأى مكتب ، فلا مانع من تقديم محرر مثبت لتصرف تم فى مدينة القاهرة لتوثيقه فى مكتب التوثيق بمدينة طنطا مثلا ، وإنما المقصود بهذا التحديد منع الموظف من أن يباشر عمله خارج دائرة اختصاصه .

---

(١) ولا يؤثر على صحة الورقة الرسمية أن يكون الموظف العام الذى قام بتحريرها قد تم تعيينه على خلاف ماتقضى به القوانين التى تتطلب شروطا معينة يجب توافرها فى هذا الموظف . عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق رقم ٧٧ ، وسليمان مرقص ، المرجع السابق رقم ٤١ .

(٢) وإذا أثبت الموظف فى ورقة يختص بكتابتها بيانا لا يدخل فى اختصاصه فان هذا البيان لا يكسب صفة الرسمية . من ذلك أن يثبت موظف المحكمة الحسبية فى محضر حصر التركة تاريخ الوفاة فهذا التاريخ لا يعتبر بيانا رسميا رغم كون المحضر ورقة رسمية، لأن ذلك الموظف ليس من اختصاصه إثبات تاريخ الوفاة . وقد قضت محكمة النقض أن محضر حصر التركة وإن كان ورقة رسمية فانه لم يجعل قانونا لإثبات تاريخ الوفاة . نقض مدنى فى ٨ براير ١٩٤٥ المحاماة السنة ٢٧ ، ١٠٧٤ ، ٤٣٠

٢٦ — ثالثا : مراعاة الأوضاع القانونية فى تحرير الورقة

قرر القانون أوضاعا وقواعد يجب على الموظف المختص مراعاتها عند تحرير الورقة . من ذلك الأوضاع التى قررتها اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق الصادرة فى ٣ نوفمبر ١٩٤٧ والتى يجب مراعاتها عند توثيق المحررات بمكاتب التوثيق ، إذ اوجبت أن يكون المحرر مكتوبا باللغة العربية وبخط واضح دون إضافة أو تحشير أو كشط . وأن يشتمل عدا البيانات الخاصة بموضوع المحرر على ذكر السنة والشهر واليوم والساعة التى تم فيها التوثيق . كما يجب أن يشتمل المحرر على اسم الموثق ولقبه ووظيفته وأسماء الشهود وأسماء أصحاب الشأن وأبائهم وأجدادهم لآبائهم وصناعتهم ومحال إقامتهم ، وعلى الشهود أن يوقعوا المحرر مع ذوى الشأن ومع الموثق . ويجب على الموثق قبل توقيع ذوى الشأن أن يتلو عليهم الصيغة الكاملة للمحرر ومرفقاته وأن يبين لهم الأثر القانونى المترتب عليه دون أن يؤثر فى إرادتهم . وتحفظ أصول المحررات بمكتب التوثيق ، وتسلم صور منها لأصحاب الشأن ، ويؤشر الموثق بتسليم الصور على أصل المحرر ويوقع هذا التأشير .

٢٧ — جزاء تخلف أحد هذه الشروط

إذا تخلف أحد هذه الشروط الثلاثة ، بأن كانت الورقة صادرة من غير موظف عام ، أو من موظف عام غير مختص ، أو من موظف مختص ولكنه لم يراع فى تحريرها الأوضاع التى يتطلبها القانون فإن الورقة تكون باطلة باعتبارها ورقة رسمية .

وقد حددت الفقرة الثانية من المادة ٣٩٠ مدنى قيمة الورقة الرسمية الباطلة بقولها « فإذا لم تكسب هذه الورقة صفة الرسمية فلا يكون لها إلا قيمة الورقة العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بامضاءاتهم أو باختامهم أو ببصمات أصابعهم » . ومعنى ذلك ان الورقة الرسمية الباطلة تكون لها

قوة الورقة العرفية فى الإثبات بشرط أن تكون موقعة من ذوى الشأن . هذا ما لم تكن الرسمية مشترطة لانعقاد التصرف - كما فى الهبة والرهن الرسمى - ففى هذه الحالة لا تكون للورقة الرسمية الباطلة قيمة ما . وكذلك الحكم إذا اتفق ذوو الشأن على أن التصرف لا يتم إلا إذا حرر فى ورقة رسمية(١) .

٢ - حجية الورقة الرسمية فى الإثبات

٢٨ - إذا توافرت الشروط السابقة فى الورقة ، وكان مظهرها الخارجى ناطقاً برسميتها ، قامت هناك قرينة على سلامتها المادية وعلى صدورها ممن تحمل توقيعاتهم . ويترتب على ذلك أن الورقة الرسمية تعتبر حجة بذاتها دون حاجة إلى الإقرار بهـا فلا يطلب ممن يتمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها ، وإنما على الخصم الذى ينازع فيها أن يثبت إدعاءه ، ولن يستطيع ذلك إلا عن طريق الطعن بالتزوير . وهذا على عكس الورقة العرفية التى لا تعتبر حجة بما دون فيها إلا إذا لم ينكرها من وقع عليها ، فإذا أنكرها كان على من يتمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها .

ولكن يجب أن يكون المظهر الخارجى للورقة دالا على رسميتها ، فإن كانت بها عيوب مادية كوجود كشط أو محو أو تحشير جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تسقط قيمة هذه الورقة أو تنقصها . وإذا كانت صحة الورقة محل شك فى نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذى صدرت عنه ليبدى ما يوضح حقيقة الأمر فيها (المادة ٢٦٠ مرافعات) .

فإذا ثبت للورقة صيغة الرسمية على هذا النحو كانت حجة بما دون فيها من بيانات سواء بالنسبة لمن وقعوا عليها أم بالنسبة للغير .

(١) وإذا تعدد الطرف المدين فى الورقة فيجب أن يوقعوا جميعاً عليها . فإذا وقعها البعض فقط فان ذلك لا يكفى لاعتبارها ورقة عرفية حتى بالنسبة لمن وقعوها ، لأنهم لم يوقعوا إلا إعتماداً على اشتراك الباقين معهم فى الالتزام . أحمد نشأت ، رسالة الإثبات (طبعة ١٩٥٠) رقم ١٤٠ .

٢٩ — حجية البيانات المدونة بالورقة الرسمية :

تنص المادة ٣٩١ مدنى على أن « الورقة الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً » ، ومقتضى هذا النص أن الورقة الرسمية تعتبر حجة ـ بصحة ما دون فيها من بيانات ، ولا يمكن نقض هذه الحجية إلا بطريق واحد هو طريق الطعن بالتزوير ، وهذه الحجية لا تثبت إلا للبيانات التى أثبتها الموظف العام بنفسه أو التى وقعت من ذوى الشأن فى حضوره . وعلى ذلك يجب أن نفرق فى الورقة الرسمية بين نوعين من البيانات : بيانات وقعت من الموظف العام نفسه فى حدود مهمته واختصاصه ، أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ، وبيانات وقعت من ذوى الشأن واقتصر الموظف العام على تدوينها تحت مسئوليتهم .

(١) النوع الأول من البيانات هو البيانات التى تصدر من ذوى الشأن أمامه، وهذه البيانات تكون حجة على الناس كافة ولا يمكن نقض حجيتها إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، ومثال هذه البيانات تاريخ الورقة، ومكان توثيقها وتوقيع ذوى الشأن ، وتوقيع الموثق . كذلك يشمل هذا النوع من البيانات ما يصدر من ذوى الشأن فى حضور الموظف ، كإقرار البائع أنه قبض الثمن أو كإقرار المشترى أنه تسلم المبيع ، فهذه البيانات تكون حجة بصحة وقوعها ، ولا يستطيع البائع بعد ذلك أن ينكر إقراره بقبض الثمن ، ولا يستطيع المشترى أن ينكر إقراره بتسلم المبيع إلا إذا طعن بالتزوير . ولكن يلاحظ أن صفة الرسمية لا تلحق إلا الاقرار من الناحية المادية . فإذا ادعى البائع أنه لم يقبض الثمن ، أو ادعى المشترى أنه لم يتسلم المبيع فإنه يستطيع إثبات ذلك بطرق الإثبات العادية ، وذلك لأن واقعة قبض الثمن أو تسلم المبيع لم تحدث أمام الموظف فلا تلحقها صفة الرسمية .

(٢) وأما النوع الثانى من البيانات فهى البيانات التى تصدر من ذوى الشأن ويدونها الموظف العام تحت مسئوليتهم دون أن يكون له تحرى صحتها ، فإذا قرر أحد المتعاقدين أمام الموثق أنه باع منزلا للآخر ، وقرر المتعاقد الآخر أنه اشترى هذا المنزل ، فإن واقعة البيع هذه تثبت لها صفة الرسمية لأنها تمت أمام الموثق ولا يجوز إنكار البيع إلا عن طريق الطعن بالتزوير . أما إذا ادعى أحد المتعاقدين بعد ذلك أن البيع كان صوريا فإن له أن يثبت ذلك بالطرق العادية دون حاجة إلى الطعن بالتزوير . ومن ذلك أيضاً إقرار البائع أمام الموثق أنه قبض الثمن ، فواقعة الإقرار تثبت لها صفة الرسمية لأنها صدرت أمام الموثق ، ولكن هذا لا يمنع البائع بعد أن يثبت بالطرق العادية أنه لم يقبض الثمن ، وذلك لأن واقعة قبض الثمن لم تقع أمام الموثق .

ومما تقدم يخلص أن الورقة الرسمية تشتمل على نوعين من البيانات : بيانات تصدر من الموظف العام فى حدود مهمته ، أو تصدر من ذوى الشأن فى حضوره ، وهذه البيانات تثبت لها صفة الرسمية ولا يجوز نقضها إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، وبيانات تصدر من ذوى الشأن ويدونها الموظف العام على مسئوليتهم دون أن يكون فى استطاعته أن يتحقق من صحتها ، وهذه البيانات لا تلحقها صفة الرسمية والطعن فيها لا يمس أمانة الموظف ولذلك يمكن إثبات عكسها بطرق الاثبات العادية دون حاجة إلى سلوك طريق الطعن بالتزوير .

٣٠ — حجية الورقة الرسمية بالنسبة للأشخاص :

رأينا أن المادة ٣٩١ مدنى تقرر أن الورقة الرسمية لا تكون حجة على ذوى الشأن فقط ، بل تعتبر كذلك حجة بالنسبة للغير ، فلا يستطيع أى شخص أن ينكر ما ورد بها من بيانات مما تلحقه وصف الرسمية على التفصيل الذى سبق أن ذكرناه إلا عن طريق الطعن بالتزوير .

أما إذا كان ما يراد نقضه من البيانات لا تثبت له صفة الرسمية ، إما لأنه صادر من ذوى الشأن بالمعنى السابق ، أو لأنه صادر من الموظف العام ولكن خارج حدود اختصاصه ، فإن هذه البيانات يمكن إثبات عكسها بالطرق العادية .

٣١ — صور الأوراق الرسمية :

تقتضي قواعد التوثيق بأن يحفظ أصل الورقة الرسمية فى مكاتب التوثيق وأن يعطى لذوى الشأن صور منها ، والفرق بين أصل الورقة الرسمية وصورتها أن الأصل هو الذى يحمل توقيعات ذوى الشأن وتوقيع الموثق ، أما الصورة فلا تحمل توقيعات وإنما هى منقولة عن الأصل بواسطة موظف عام مختص ، وهذا هو ما يعطيها صفته الرسمية ، ونظرا لانتشار التصوير الشمسى ، فقد سوى القانون بين الصور الخطية والصور الشمسية . ولبيان حجية صور الأوراق الرسمية يجب أن نفرق بين حالة وجود أصل الورقة الرسمية ، وحالة عدم وجود الأصل .

٣٢ — أولا : حالة وجود أصل الورقة الرسمية :

بينت المادة ٣٩٢ صحية صورة الورقة الرسمية فى هذه الحالة بقولها :

(١) « إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافيه تكون حجة بالقدر الذى تكون فيه مطابقة للأصل .

(٢) وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ، ما لم ينازع فى ذلك أحد الطرفين وفى هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل » .

ومؤدى هذا النص أنه إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا ، فإن صورتها الرسمية المأخوذة من هذا الأصل تكون لها حجية فى الإثبات بالقدر الذى تكون فيه مطابقة للأصل ، ونظرا لأن الصورة الرسمية تؤخذ

بواسطة موظف عام مختص ، فقد افترض القانون أن هذه الصورة مطابقة للأصل ولكن إذا نازع أحد الطرفين فى هذه المطابقة ، فإن المحكمة تأمر بمراجعة الصورة على الأصل .

٣٣ — ثانيا : حالة عدم وجود الأصل

بينت المادة ٣٩٣ مدنى قيمة صور الورقة الرسمية فى هذه الحالة على الوجه الآتى : —

« إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية ، كانت الصورة حجة على الوجه الآتى : —

(ا) يكون للصور الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها للأصل .

(ب) ويكون للصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها ولكن يجوز فى هذه الحاله لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصليه التى أخذت منها .

(ح) أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف » .

ومن هذا النص يتبين أنه إذا لم يكن أصل الورقة الرسمية موجودا ، فإنه تجب التفرقه بين ثلاثة أنواع من الصور .

١ — الصور الرسمية الأصلية وهى التى تنقل عن الأصل مباشرة بواسطة موظف عام مختص وهذه تكون لها حجية الأصل سواء كانت صورا تنفيذية أم غير تنفيذية ، وإنما يشترط أن يكون مظهرها الخارجى لايدع مجالا للشك فى مطابقتها للأصل .

٢ — الصور الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية ، فى هذه الحالة لا تكون الصورة ، مأخوذة من الأصل ، وإنما من الصورة الأصلية الرسمية

وقد جعل القانون لهذه الصورة نفس الحجية التي للصورة الأصلية بشرط بقاء الصورة الأصلية حتى يمكن المراجعة عليها إذا ما طلب أحد ذوى الشأن ذلك . وإذا فقدت الصورة الأصلية فإن الصورة المأخوذة منها لا تكون لها حجية عند المنازعة ولا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس .

٣ — الصورة الرسمية للصورة المأخوذة من الصور الأصلية ، وهذا النوع من الصور لا تكون له حجية الأصل ، ولا يعتد بهـا إلا لمجرد الاستئناس .

المبحث الثانى

الأوراق العرفية

٣٤ — الأوراق العرفية هى الأوراق التى تصدر من الأفراد ، والتى لا يتدخل موظف عام فى تحريرها . وهذه الأوراق تنقسم إلى قسمين : أوراق عرفية معدة للإثبات وهى تكون موقعة من ذوى الشأن فتعتبر أدلة كاملة ، وأوراق عرفية غير معدة للإثبات كدفاتر التجار والرسائل والأوراق المنزلية . وهذه الأوراق يغلب ألا تكون موقعة . ومع ذلك يعطيها القانون قوة فى الإثبات ، تتفاوت قوة وضعفا بحسب مايتوافر فيهـا من عناصر الإثبات .

أولا — الأوراق العرفية المعدة للاثبات

١ — شروط الورقة العرفية

٣٥ — الكتابة والتوقيع : لا يتطلب القانون فى الورقة العرفية المعدة للإثبات إلا أن يكون مدونا بها كتابة مثبتة لواقعة قانونية ، وأن تكون هذه الكتابة موقعة من الشخص المنسوبة إليه .

فيشترط أولا أن توجد كتابة تدل على الغرض المقصود من تحرير الورقة . ولا يشترط فى الكتابة أى شرط ، فكل عبارة تدل على المعنى المقصود تصلح بعد توقيعها لأن تكون دليلا على من وقعها . كما لا يشترط أن تكون الكتابة بخط من وقعها ، وإنما يصح أن تكون بخط شخص أجنبى أو على الآله الكاتبة أو مطبوعة ، كما يصح أن تكون بالمداد أو بالقلم الرصاص أو بغيرهما ، ويصح أن تكون بلغة أجنبية أو برموز يتفق عليها بين الطرفين .

والتوقيع هو الشرط الهام فى الورقة العرفية ، لأنه هو الذى يتضمن قبول الموقع لما هو مدون فى الورقة ، أو بعبارة أخرى هو الذى ينسب الكتابة إلى صاحب التوقيع . ويجب أن يشتمل التوقيع على اسم الموقع ولقبه كاملين ، فلا يكفى التوقيع بعلامة مختصرة أو بالأحرف الأولى من الاسم .. إنما لا يشترط أن يكون التوقيع مطابقا للاسم الوارد فى شهادة الميلاد ، بل يكفى أن يكون ذلك بالاسم الذى اشتهر به الشخص ، أو بالاسم الذى اعتاد التوقيع به . وكما يكون التوقيع بإمضاء الشخص يمكن أن يكون بالختم أو ببصمة الأصبع . فقد نصت المادة ٣٩٤ مدنى على أن «تعتبر الورقة العرفية صادرة ممن وقعها مالم ينكر صراحة ماهو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ... »

وإذا خلت الورقة العرفية من التوقيع فلا قيمة لها فى الإثبات ، إلا أنها تصلح لأن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت بخط المدين .

٣٦ — التوقيع على بياض : رأينا أن التوقيع هو الشرط الهام فى الورقة العرفية ، وأن الكتابة لا يشترط فيها أى شرط وعلى ذلك يجوز أن يوقع الشخص ورقة على بياض ثم يعطيها للدائن ليدون فيها ماتم الاتفاق عليه ، ويحدث هذا كثيرا فى الشيكات حيث يوقع الشيك على بياض ويترك ملء البيانات للدائن . فإذا ماتمت كتابة البيانات فوق التوقيع أصبح للورقة حجية

الورقة العرفية التى كتبت أولا ثم تم التوقيع عليها بعد ذلك .

وإذا لم يكن من سلمت إليه الورقة أمينا ودون بيانات تختلف عن البيانات المتفق عليها ، فإن المدين يستطيع إثبات مخالفة ما دون فى الورقة للاتفاق ، ويكون ذلك وفقا للقواعد العامة فى الاثبات أي أنه لن يستطيع إثبات مايخالف الكتابة إلا بالكتابة . فإذا نجح فى ذلك اعتبر الدائن مرتكبا لجريمة خيانة أمانه يعاقب عليها بالحبس أو به وبغرامه وفقا للمادة ٣٤٠ من قانون العقوبات .

وإذا كان من تسلم الورقة الموقعة على بياض قد تعامل مع الغير بناء على مادونه فى هذه الورقة ، وكان هذا الغير حسن النية ، فإن إثبات عدم مطابقتها للاتفاق لايبرىء المدين من التزامه قبل هذا الغير . وليس للمدين إلا أن يرجع على من خانه بكتابة بيانات مخالفة للاتفاق .

ولكن إذا كانت الورقة الموقعة على بياض لم تسلم إلى من خان الأمانة وإنما حصل عليها هذا الأخير بطريقة أخرى كالسرقة مثلا ، فإن من وقع على بياض يستطيع أن يثبت بكافة طرق الإثبات حصول السرقة والكتابة من الخائن . ولا يستطيع الغير الذى تعامل مع الخائن بناء على هذه الورقة أن يتمسك بذلك قبل من وقع الورقة ، حتى ولو كان هذا الغير حسن النية .

٢ — حجية الورقة العرفية فى الاثبات

٣٧ — نواحى الحجيه فى الورقة العرفية : للورقة العرفية حجية من ثلاثة وجوه : حجية بصدورها ممن وقعها ، وحجية بصدق البيانات المدونة بها ، وحجية بالنسبة للتاريخ الذى تحمله .

٣٨ — حجية الورقة العرفية بصدورها ممن وقعها : تنص المادة ٣٩٤ مدنى على أن « تعتبر الورقة العرفية صادرة ممن وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة » . ومعنى هذا أن الورقة

العرفية — على خلاف الورقة الرسمية — لا تكون حجة بصدورها ممن وقعها إلا إذا لم ينكرها صراحة من ينسب إليه الخط أو التوقيع . فإذا أنكر المدين توقيعه زالت عن الورقة العرفية حجيتها موقتا ، وتعين على من يتمسك بها أن يثبت صدورها ممن ينسب إليه التوقيع وذلك بأن يطلب من المحكمة أن تأمر بتحقيق الخطوط ، فإذا ثبت من التحقيق صدور الورقة من موقعها اعتبرت حجة بصدورها منه .

إنما يشترط — لكى تزول حجية الورقة العرفية موقتا — أن يكون الإنكار صريحا ، فإذا سكت من يتمسك عليه بورقة عرفيـــة أو اكتفى بالتشكيك فى حصول التوقيع منه . فإن ذلك يعتبر إقرارا للورقة .

وإذا كان الشخص الذى يتمسك عليه بالورقة وارثا أو خلفا ، فلا يطلب منه الانكار وإنما يكفى أن يقرر أنه لا يعلم أن الخط أو الامضاء هو لمن تلقى عنه الحق على أن يؤيد إقراره هذا بيمين يؤديها . وقد نصت على هذا المادة ٣٩٤ بقولها « أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الانكار ، ويكفى أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هى لمن تلقى عنه الحق » . فإذا فعل الوارث أو الخلف ذلك زالت حجية الورقة العرفية مؤقتا وتعين على من يتمسك بها أن يلجأ إلى إجراءات تحقيق الخطوط ليثبت صدور الورقة ممن تنسب إليه .

خلاصة لما تقدم أنه يكفى لكى تزول حجية الورقة العرفية مؤقتا أن ينكرها صراحة من تنسب إليه ، أو أن يحلف الوارث أو الخلف بأنه لا يعلم أن الخط أو التوقيع هو لمن تلقى عنه الحق . إلا أن هناك حالة يتعين فيها على من ينكر نسبة التوقيع إليه أن يسلك طريق الطعن بالتزوير ، وهى الحالة التى يكون فيها التوقيع مصدقا عليه ، لأن التصديق على التوقيع يكسبه صفة الرسمية .

٣٩ – الاعتراف ببصمة الختم وإنكار التوقيع بها : قد يحدث أن يعترف الشخص الذى يحتج عليه بورقة عرفية بأن بصمة الختم الذى على الورقة هى بصمة ختمه ولكنه ينكر حصول التوقيع منه شخصيا . وهذا أمر متصور من الناحية العملية . فقد يفقد الشخص ختمه أو يسرق منه ، وقد يسلم شخص ختمه لآخر للاحتفاظ به فيخون هذا الأخير الأمانة . فى مثل هذه الحالات يحصل التوقيع بالختم دون علم صاحبه . فما أثر ذلك على حجية الورقة ؟ . هل يعتبر إنكار صاحب الختم أنه وقع بنفسه على الورقة إنكارا للتوقيع وبالتالى يجب على المتمسك بالورقة أن يثبت حصول التوقيع من صاحب الختم أو برضاه ؟ . أم على العكس يكفى اعتراف صاحب الختم أن الختم الموقع به هو ختمه ، وإذا ادعى حصول التوقيع دون علمه فيجب عليه أن يثبت ذلك عن طريق الطعن بالتزوير ؟

تردد القضاء المصرى بين الرأيين ، ثم استقر قضاء محكمة النقض على الرأى الثانى فقررت فى حكمها الصادر فى ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ أنه «متى اعترف الخصم الذى تشهد عليه الورقة بأن الإمضاء أو الختم الموقع به على الورقة هو إمضاؤه أو ختمه أو متى ثبت ذلك بعد الانكار بالدليل الذى يقدمه المتمسك بالورقة ، فلا يطلب من هذا المتمسك أى دليل آخر لاعتماد صحة الورقة وإمكان إعتبارها حجة بما فيها على خصمه صاحب الإمضاء أو الختم ولا يستطيع هذا الخصم التنصل مما تثبته عليه الورقة إلا إذا بين كيف وصل إمضاؤه هذا الصحيح أو ختمه هذا الصحيح إلى الورقة التى عليها التوقيع به ، وأقام الدليل على صحة ما يدعيه من ذلك ، فإن هذه هى منه دعوى تزوير بحتة يجب أن يسار فيها بالطريق القانونى»(١) .

(١) نقض مدنى فى ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ ، مجموعة القواعد القانونية جزء ١ ص ٣٤٦ رقم ١٧٤ . وقد أيدت محكمة النقض هذا الرأى فى حكم لها صادر فى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ ، فقضت بأن مجرد إعلان شخص فقد ختمه فى إحدى الصحف لا ينهض دليلا على صحة هذه الواقعة

٤٠ — حجية البيانات المذكورة فى الورقة العرفية : اعتراف الخصم بصدور الورقة العرفية منه أو ثبوت هذا بعد الإنكار يجعل للورقة العرفية قوة الورقة الرسمية فيما يتعلق بمحتوياتها المادية . فإذا ادعى من يتمسك عليه بالورقة ، أو أحد غيره أن البيان الوارد فى الورقة أصابها تزوير مادى عن طريق إضافة أو حذف ، فإنما يجب عليه أن يسلك طريق الطعن بالتزوير لإثبات ما يدعيه .

ولكن إذا لم يكن هناك تزوير مادى فإن البيانات الواردة فى الورقة العرفية يجوز نقضها بطرق الإثبات العادية ولا يمنع اعتراف الشخص بتوقيعه أو خطه أن يدعى أن البيانات الواردة فى الورقة لا تطابق حقيقة ما أراده الطرفان بسبب الصورية المتفق عليها بينهما ، وفى هذه الحالة لا ضرورة لسلوك طريق الطعن بالتزوير . ولكن لن يمكن إثبات ذلك إلا بدليل كتابى لأن الأمر يتعلق بإثبات ما يخالف الكتابة . فإذا كانت الورقة العرفية مثبتة لعقد بيع صدر من شخص إلى آخر ، ونص فى العقد على أن البائع قبض الثمن ، فإن البائع يستطيع — رغم اعترافه بصدور السند منه — أن يطعن فى هذا العقد بالصورية أو أن يثبت أنه لم يقبض الثمن ، ولكن لن يستطيع إثبات ذلك إلا بدليل كتابى هو عادة ورقة الضد .

٤١ — حجية تاريخ الورقة العرفية : رأينا أن الورقة العرفية إذا

= ولا يعتبر حجة على المتمسك بورقة مختومة بهذا الختم ، فاذا كان مدعى التزوير قد طلب أن يثبت بالبينة ضياع الختم الموقع به على الورقة وأن المتمسك بالورقة قد عثر عليه ووقعها به وإجابته المحكمة إلى طلبه فعجز عن الإثبات ، بل ثبت من التحقيق عدم صحة الواقعة التى يدعيها ، فلا يقبل منه النعى على الحكم أنه قد خالف قواعد الإثبات بقولة إنه مادام قد سبق الإعلان عن فقد الختم فانه يكون على المتمسك بمحرر يحمل هذا الختم أن يثبت صحة صدوره من صاحب هذا الختم » مجموعة أحكام النقض المدنية ١ — ٢٠٧ — ٥٧ . وأنظر فى تأييد رأى محكمة النقض عبد المنعم الصدة رقم ١١١ ص ١٢٠ .

اعترف بها من تنسب إليه أو إذا ثبت ذلك بعد التحقيق فإنها تكون حجة بين المتعاقدين بما دون فيها من بيانات . ولا يختلف تاريخ الورقة العرفية فى هذا عن بقية البيانات ، فهو حجة على المتعاقدين إلى أن يثبت العكس . أما بالنسبة للغير فإن حجية الورقة العرفية تثبت للبيانات المدونة بها فيما عدا التاريخ الذى لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان ثابتا . وقد نصت على هذا المادة ٣٩٥ مدنى بقولها « لا تكون الورقة العرفية حجة على الغير فى تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت » .

ومعنى هذا أن الغير الذى يحتج عليه بتاريخ الورقة العرفية ليس بحاجة إلى أن ينازع فى صحة هذا التاريخ وإنما يكفى أن يتمسك بعدم ثبوته لكى تعتبر الورقة العرفية بالنسبة له بدون تاريخ .

والغرض من هذا الحكم هو دفع ما قد يتعرض له الغير من ضرر نتيجة تقديم تاريخ الورقة العرفية ، وهذا غش يصعب على الغير أن يثبته . مثلا إذا باع شخص منقولا لآخر وقبل أن يسلمه باعه لشخص ثان فإن البيع الثانى لا ينفذ فى حق المشترى الأول الذى تملك المنقول بمجرد العقد . فلو قلنا إن تاريخ الورقة العرفية يحتج به على الغير (وهو فى هذا الفرض المشترى الأول) لكان من السهل أن يتواطأ البائع مع المشترى الثانى على تقديم التاريخ إلى ما قبل البيع الأول وذلك لحرمان المشترى الأول من المبيع ، لأن المفاضلة بين المشتريين ستكون على أساس أسبقية التاريخ الثابت لعقد كل منهما .

٤٢ — معنى الغير فى ثبوت التاريخ وفقا للمادة ٣٩٥ مدنى : يتحدد معنى الغير فى هذه الحالة على ضوء الحكمة التى أجلها اشترط المشرع أن يكون تاريخ الورقة العرفية ثابتا حتى يمكن الاحتجاج به على الغير ، هذه الحكمة هى حماية الغير من خطر تقديم تاريخ الورقة العرفية . وعلى هذا لا يقصد بالغير هنا كل شخص أجنبى عن التصرف المدون فى الورقة العرفية ، وإنما يقصد به كل شخص يحتج عليه بالورقة العرفية ويضار فى حق تلقاه من أحد طرفى

الورقة ، أو بمقتضى نص فى القانون إذا ثبت صحة تاريخها فى مواجهته » (١) .

وعلى ذلك يعتبر من الغير فى هذا الصدد :ـ

٤٣ ــ الخلف الخاص : وهو كل من تلقى من سلفه حقا معينا كالمشترى الذى يعتبر خلفا للبائع . وهو (المشترى) يعتبر غيرا بالنسبة لتصرفات سلفه المتعلقة بالمال الذى انتقل إليه (الخلف) ، فلا تكون هذه التصرفات نافذة فى حق الخلف (المشترى) إلا إذا كانت ثابتة التاريخ وسابقة على التصرف الذى نقل المال إليه ، وإلا لكان فى وسع السلف أن يبرم تصرفات بشأن المال الذى انتقل إلى الخلف ويقدم تاريخها غشا لكى تكون سارية فى حق الخلف . ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة ١/٦٠٤ مدنى من أنه « إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبرا إلى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذا فى حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية » . فمشترى العقار المؤجر يعتبر من الغير بالنسبة لعقود الإيجار الصادرة من البائع ، فلا تنفذ فى حق المشترى إلا إذا كان لها تاريخ ثابت سابق على البيع . ومن ذلك أيضا اعتبار مشترى المنقول المرهون من الغير بالنسبة لتاريخ الرهن ، فلا يكون الرهن نافذا فى حق المشترى إلا إذا كان له تاريخ ثابت قبل البيع (المادة ١١١٧ مدنى) .

٤٤ ــ (٢) الدائن إذا تعلق حقه بمال معين من أموال المدين ، فإنه يصبح من الغير بالنسبة لتصرفات المدين المتعلقة بهذا المال ، ويكون ذلك فى الأحوال الآتية :

(ا) الدائن الحاجز ، إذا حجز الدائن على منقول مملوك لمدينه أو على ما للمدين لدى الغير ، فإنه يصبح من الغير بالنسبة لتصرفات مدينه فى المال المحجوز ، لأن الحجز يضع المال المحجوز تحت يد القضاء على ذمة الدائن

(١) عبد المنعم الصدة ، رقم ١٢٠ .

تمهيدا لاستيفاء حقه من ثمنه ، فالقانون بهذا يجعل للدائن حقا يتعلق بالمال المحجوز يتعارض مع حق المتصرف إليه بورقة عرفيه . فيكون الدائن الحاجز من الغير ولا تنفذ فى حقه التصرفات التى يجريها المدين فى المال المحجوز إلا إذا كان لها تاريخ ثابت سابق على الحجز .

(ب) الدائن المرتهن ، إذا نفذ الدائن المرتهن على عقار المدين . فلا تنفذ فى حقه عقود الإيجار الصادرة من المدين إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكيه ويستوى مع الدائن المرتهن فى هذا جميع الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنبيه (المادة ٦٢١ مرافعات) .

(حـ) الدائن الذى يرفع دعوى عدم نفاذ التصرفات : إذا رفع الدائن على مدينه دعوى عدم نفاذ التصرف الذى أجراه المدين إضرارا به (الدعوى البوليصية) فإنه يعتبر غيرا بالنسبه لهـذا التصرف . ومن المعلوم أن هذه الدعوى لا يمكن رفعها إلا إذا كان التصرف المطعون فيه لاحقا لنشوء حق الدائن . ولما كان من المحتمل أن يقدم المدين تاريخ التصرف إلى ماقبل نشوء الدين ليحرم الدائن من حق رفع هذه الدعوى ، فإن القانون ـ حماية منه للدائن ـ اعتبره من الغير ، فلا تنفذ فى حقه التصرفات التى يجريها المدين إلا إذا كان لها تاريخ ثابت سابق على نشوء حق الدائن .

(د) دائنو المفلس : إذا شهر إفلاس التاجر فإن دائنيه يصبحون من الغير بالنسبه لمعاملاته المدنيه ، لأن القانون يرتب على شهر الإفلاس رفع يد التاجر عن إدارة أمواله وثبوت حق للدائنين على هذه الأموال يجعلهم من الغير بالنسبة لما يجريه التاجر من تصرفات ، فلا تكون هذه التصرفات نافذة فى حق الدائنين إلا إذا كان لها تاريخ ثابت سابق على شهر الافلاس .

ويترتب نفس الحكم إذا شهر إعسار المدين ، إذ يصبح دائنوه من الغير بالنسبة إلى كل تصرف ينقص من حقوقه او يزيد فى التزاماته ، وكذلك

بالنسبة لما يقوم به من وفاء ، فلا تنفذ جميع هذه التصرفات فى حق الدائنين إلا إذا كان لها تاريخ ثابت سابق على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار (المادة ٢٥٧ مدنى) .

٤٥ — ضرورة توافر حسن نية الغير : يلخص مما تقدم أن الورقة العرفية لا تكون حجة بتاريخها على الغير إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتا ، وأن الغير فى هذا المعنى هو كل شخص غير ممثل فى الورقة ، ويترتب على ثبوت صحة تاريخها فى مواجهته أن يضار فى حق تلقاه من أحد طرفى الورقة أو بمقتضى نص فى القانون . ويشمل ذلك الخلف الخاص والدائن إذا تعلق حقه بأموال مدينه ، ويتحقق ذلك بالنسبة للدائن الحاجز والدائن المرتهن إذا نفذ على عقارات المدين والدائن الذى يرفع دعوى عدم نفاذ التصرفات ، وكذلك إذا شهر إفلاس المدين وإعساره . ويترتب على اعتبار هؤلاء من الغير أن تاريخ الورقة العرفية لا يكون حجة عليهم إلا إذا كان ثابتا . فلا يطلب منهم أن يثبتوا عدم صحة التاريخ ، وإنما يكفيهم أن يتمسكوا بعدم ثبوته لتعتبر الورقة العرفية فى مواجهتهم بدون تاريخ .

إنما يشترط أن يكون الغير حسن النية ، فإذا كان المشترى يعلم وقت العقد أن البائع سبق أن تصرف فى المبيع ، فبادر إلى إثبات تاريخ عقده ليكون مفضلا على المشترى الأول ، فإنه لا يكون حسن النية وبالتالى لا يعتبر من الغير ، ويجوز للمشترى الأول أن يحتج عليه بتاريخ البيع الأول ولو لم يكن ثابتا .

٤٦ — من لا يعتبر من الغير : إذا كان الغير محددا على هذه الصورة ، فكل من عدا هؤلاء لا يعتبر غيرا وبالتالى يحتج عليه بتاريخ الورقة العرفية ولو لم يكن ثابتا . فلا يعتبر من الغير كل من كان ممثلا فى الورقة العرفية بشخصه أو بنائبه ويشمل ذلك طرفى التصرف المدون فى الورقة وخلفهما

العام كالوارث والموصى له بحصة من التركة لأن هؤلاء يعتبرون ممثلين فى التصرفات التى يبرمها السلف . كذلك لا يعتبر الدائنون العاديون من الغير لأنه ليس لهم إلا حق الضمان العام على أموال المدين وبالتالى تسرى فى حقهم تصرفات المدين ولو لم تكن ثابتة التاريخ .

٤٧ — استثناء المخالصات من قاعدة ثبوت التاريخ : بعد أن نصت المادة ٢٩٠ مدنى على أن الورقة العرفية لا تكون حجة على الغير إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت ، أضافت فى الفقرة الثانية « ومع ذلك يجوز للقاضى تبعا للظروف أن يطبق حكم هذه المادة على المخالصات ». والمخالصات هى محررات مثبتة لوفاء ، والاصل انه يجب ان تكون ثابتة التاريخ لكى تكون حجة بتاريخها على الغير ، إلا أن المشرع تيسيرا منه على الناس ، وإقرارا لما جرى عليه القضاء قبل ذلك قد استثنى المخالصات من حكم ثبوت التاريخ . وعلى ذلك إذا حجز الدائن ما لمدينه لدى الغير فقدم مدين المدين مخالصة تثبت وفاءه فلا يطلب منه أن تكون هذه المخالصة ثابتة التاريخ قبل الحجز ، وإنما تعتبر المخالصة حجة بتاريخها العرفى على الدائن الحاجز .

ولكن لما كان من المحتمل تغيير تاريخ المخالصة إضراراً بالدائن ، فإن المشرع جعل استثناء المخالصات من حكم ثبوت التاريخ جوازيا للقاضى إذا وجد من ظروف الدعوى ما يبرر عدم تطلب ثبوت تاريخ المخالصه من الموفى .

٤٨ — الطرق التى يثبت بها التاريخ : بينت المادة ٣٩٥ مدنى الطرق التى يثبت بها تاريخ الورقه العرفيه فى مواجهة الغير بقولها : « يكون تاريخ الورقة ثابتاً :

(أ) من يوم أن تقيد فى السجل المعد لذلك :

(ب) من يوم أن يثبت مضمونها فى ورقه أخرى ثابتة التاريخ .

(حـ) من يوم أن يؤشر عليها موظف عام مختص .

(د) من يوم (قاة) أحـــد ممن لهم على الورقة أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمه ، أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة في جسمه ، وبوجه عام من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعا فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه » . ووفقا لهذا النص يثبت تاريخ الورقة العرفية بإحدى الطرق الآتية :

٤٩ — (١) قيد الورقة فى السجل المعد لذلك : الطريقة المعتادة لثبوت تاريخ الورقة العرفية هى قيدها فى سجل خاص يعد لذلك فى مكاتب التوثيق تدرج فيه البيانات الخاصة بهذه الورقة وملخص لها يوقعه الموثق وصاحب الشأن ، ثم يكتب محضر على الورقة يبين فيه تاريخ تقديمها ورقمها فى السجل ويختم بخاتم المكتب ويوقعه الموثق ، وتاريخ هـذا المحضر يعتبر تاريخا ثابتا للورقة .

كذلك يتحقق قيد الورقة ، إذا كانت من المحررات واجبة الشهر ، فتصبح ثابتة التاريخ من وقت حدوث الشهر . كما يتحقق القيد أيضا فى حالة التصديق على التوقيع ، لأن الأوراق التى يصدق على التوقيع فيها تدون فى سجل خاص معد لذلك .

٥٠ — (٢) إثبات مضمون الورقة فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ : قد يحصل أن يذكر مضمون ورقة عرفية فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ ، كورقة رسمية أو ورقة عرفية ثبت تاريخها بإحدى طرق ثبوت التاريخ . فى هـذه الحالة تكسب الورقة العرفية تاريخا ثابتا ويكون هو تاريخ الورقة الأخرى الثابتة التاريخ . إنما يجب أن يكون مضمون الورقة العرفية — المشار إليها فى الورقة ثابتة التاريخ — شاملا للبيانات اللازمة لتعيين هـــذه الورقة وتمييزها عن غيرها .

٥١ — (٣) التأشير على الورقة من موظف عام مختص : قد يحدث أن

تقدم ورقة عرفية إلى موظف عام أثناء تأدية وظيفته فيؤشر عليها بما يفيد تقديمها ويكتب تاريخا لذلك ، فيكون هذا التاريخ تاريخا ثابتا للورقة العرفية ومثال ذلك أن تقدم ورقة عرفية فى قضية فيؤشر عليها القاضى أو كاتب الجلسة بما يفيد تقديمها ، أو أن يقدم عقد إلى محصل الرسوم فيؤشر عليه بما يفيد تحصيل الرسم المستحق . وبالنسبة للمراسلات المسجلة فإن ختم مصلحة البريد يعتبر تاريخا ثابتا لها إذا كانت الرسالة تذكرة مكشوفة أو غير منفصلة عن المظروف لأنه يمكن التثبت من هذا التاريخ بالرجوع إلى السجلات التى تدون فيها المراسلات المسجلة ، أما المراسلات غير المسجلة فلا يكسبها الختم تاريخا ثابتا لأنه لا يمكن التثبت منه بالرجوع إلى السجلات الرسمية .

٥٢ — (٤) وجود خط أو توقيع لشخص توفى أو أصابه عجز جسمانى : إذا كانت الورقة العرفية تحمل أثراً معترفا به — كخط أو توقيع — لشخص توفى أو أصابه عجز جسمانى يمنعه من الكتابة ، فإن ذلك يكون قاطع الدلالة على صدور الورقة قبل الوفاة أو العجز الجسمانى ، وبالتالى يعتبر تاريخ الوفاة أو العجز تاريخا ثابتا للورقة . ولا يشترط أن يكون الموقع على الورقة طرفا فى التصرف المديون فى الورقة ، بل يكفى توقيعه بصفته شاهداً أو ضامنا .

وإذا كانت الورقة من الأوراق التى يشترط فيها التوقيع فلا يكفى مجرد وجود خط للمتوفى عليها إذا كان التوقيع قد تم من غير صاحب الخط فقد يحدث أن تكتب الورقة ثم يتوفى كاتبها أو يصيبه عجز جسمانى قبل توقيعها فلا يعتبر تاريخ الوفاة أو العجز تاريخا ثابتا للورقة ، لأن الورقة لا قيمة لها دون توقيع .

وأما بالنسبة للختم فيجوز أن يكون التوقيع به قد تم بعد وفاة صاحبه ، ولذلك لا يلزم أن يثبت تاريخ الورقة من يوم وفاة صاحب الختم ، بل يجوز إثبات أن التوقيع بالختم قد تم بعد وفاة صاحبه . وهذه مسألة تقدرها محكمة الموضوع وفق ما تراه من ظروف الدعوى .

هذه هى الطرق التى يثبت بها التاريخ والتى ذكرتها المادة ٣٩٥ مدنى . إلا أن هذه الطرق لم ترد على سبيل الحصر ، لأن المادة ٣٩٥ بعد أن عددت هذه الطرق أضافت «وبوجه عام من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعا فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه» . وعلى ذلك يستطيع القاضى أن يعتبر تاريخ الورقة العرفية ثابتا ، إذا أمكن إرجاعه إلى واقعة قاطعة الدلالة على ذلك ، حتى ولو لم تكن من الوقائع التى ذكرتها المادة ٣٩٥ مدنى لثبوت التاريخ .

٥٣ — حجية صور الأوراق العرفية : الأصل أن صور الأوراق العرفية لا حجية لها فى الإثبات . ذلك أن الصورة هى نسخة تنقل من المحرر الأصلى وتكون خالية من التوقيع . وقد رأينا أن الورقة العرفية تستمد قوتها من توقيع ذوى الشأن عليها ، وبما أن الصورة لا تحمل توقيعا فلا تكون لها حجية ما ، إلا إذا كانت الصورة مكتوبة بخط المدين فإنها تكون صالحة لاعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة .

وإذا كان الأصل أن صور الأوراق العرفية لا حجية لها فى الاثبات ، إلا أن هناك نوعا من الأوراق العرفيه كان ينبغى على المشرع أن يجعل لصوره قوة فى الاثبات ، وهذه هى الأوراق العرفيه المسجلة ، إذ تقضى قواعد الشهر أن تحفظ أصول هذه المحررات فى مكاتب الشهر العقارى ويعطى منها صور فوتوغرافية لذوى الشأن . فى هذه الحالة يكون للصورة المأخوذة عن الأصل حجية الأصل إذا لم ينازع فيها ، وإذا نوزع فيها أمكن مراجعتها على الأصل . وإذا كان الأصل قد فقد فإن الصورة فى هذه الحالة تكون لها حجية الأصل أو على الأقل تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة .

ثانيا ـ الأوراق العرفية غير المعدة للاثبات

٥٤ — قلنا فيما سبق أن هذا النوع من الأوراق يغلب ألا يكون موقعا

وان القانون يعطيه قوة حسب ما يتوافر فيه من عناصر الاثبات . وقد ذكر القانون أربعة أنواع من هذه الأوراق هي :ـ

١ ــ الرسائل والبرقيات ٢ ــ دفاتر التجار

٣ ــ الدفاتر والأوراق المنزلية ٤ ــ التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين .

وسنتكلم عن كل نوع من هذه الأوراق فيما يلى :

٥٤ ــ أولا ــ الرسائل والبرقيات : للرسائل أهميتها فى الإثبات خصوصا فيما يتعلق بالعاملات التجارية ، فهى وإن كانت أوراقا لم تعد للإثبات إلا أنها تتضمن شرطى الكتابة والتوقيع اللذين يتطلبهما القانون بالنسبة للورقة العرفية . ولذلك سوى المشرع بينها وبين الورقة العرفيه ،فنصت المادة ٣٩٦/١ مدنى على أن « تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الورقة العرفية من حيث الاثبات » . واضح من النص أن الرسالة يجب ان تكون موقعة من مرسلها أما إذا لم تكن موقعة فيمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت بخط من يحتج عليه بها .

وتعتبر الرسالة ملكا للمرسل إليه فيستطيع على هذا الأساس الاحتجاج بها على مرسلها . إنما إذا تضمنت الرسالة سرا للمرسل ، فلن يستطيع المرسل إليه تقديمها إلى القضاء وإلا كان فى وسع المرسل أن يطلب استبعادها ، كما يكون له أن يطلب تعويضا من المرسل إليه .

وإذا كانت الرسالة تتضمن إقرارا يفيد الغير ، فإنه لا يستطيع أن يتمسك بها دون إذن المرسل إليه . وتمسك الغير بالرسالة يكون مقيدا بعدم إفشاء ما ورد فيها من أسرار إلا إذا أذن مرسلها بذلك . ولكن إذا كان الغير قد حصل على الرساله بطريق غير مشروع كالسرقة مثلا ، فلا يجوز له أن يتمسك بها أمام القضاء ، ويكون للمرسل إليه أن يطلب استبعادها ويجب

على القاضى أن يجيبه إلى طلبه حتى ولو كانت الرسالة خالية من أى سر(١).

وإذا كانت الرسالة مشتركة بين المرسل إليه والغير ، جاز للغير التمسك بها دون إذن المرسل إليه بشرط ألا يكون قد حصل عليها بطريقة غير مشروعة ، كما يكون للغير أن يطلب إلزام المرسل إليه بتقديم الرسالة إلى القضاء (المادة ٢٥٣ مرافعات) .

وأما بالنسبة للبرقيات ، فقد أعطاها القانون قيمة الورقة العرفية أيضاً، إذ تضيف الفقرة الثانية من المادة ٣٩٦ « وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع فى مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها ، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك » . فالبرقيات إذا لها قيمة الورقة العرفية فى الإثبات بشرط أن يكون أصلها المحفوظ بمكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها ، وقد افترض المشرع مطابقة البرقية لأصلها لأن موظف مكتب التلغراف لا مصلحة له فى تغيير مضمون الأصل، ولكن يكون لذى الشأن أن يثبت عدم مطابقة البرقية لأصلها المودع بمكتب التلغراف .

وإذا أعدم الأصل بعد انقضاء المدة المقررة لحفظه ، فلا يعتد بالبرقية إلا على سبيل الاستئناس (المادة ٣٩٦ / ٣) لأنها تستمد حجيتها من وجود الأصل .

٥٦ — دفاتر التجار

يلزم القانون التجارى التجار أن يمسكوا دفاتر معينة يقيدون فيها كل ما يتعلق بتجارتهم بطريقة تكفل بيان المركز المالى للتاجر وتوضح ماله من حقوق وما عليه من ديون متعلقة بتجارته (القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣) . وقد أوجب القانون مراعاة أوضاع معينة فى استعمال هذه

(١) عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق رقم ١٤٨ ، وسليمان مرقس ، موجز الاثبات رقم ٩٠

الدفاتر من شأنها أن تبعث على الثقة فيها ، وأن تسمع باعتبارها قرينة على صحة ما دون إلى درجة معينة على الأقل .

وقد بنيت المادة ٣٩٧ من القانون المدنى حجية دفاتر التجار فى الإثبات فى المواد المدنية بقولها :

١ — « دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة .

٢ — وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزىء ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضا لدعواه . »

ومن هذا النص تتبين أن دفاتر التاجر تكون دائما حجة عليه ، كما أنها قد تكون حجة له بعض الأحوال .

٥٧ — دفاتر التاجر حجة عليه : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٩٧ مدنى تقرر أن دفاتر التجار تعتبر حجة على هؤلاء التجار . وسبب ذلك أن ما بها من بيانات قد قام التاجر بتدوينها بنفسه ، فهى بمثابة إقرار صادر منه، ولذلك فإن المشرع أنزلها منزلة الاقرار من حيث عدم جواز التجزئة ، فإذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزىء ما ورد فيها فيأخذ ما يفيده ويستبعد ما كان مناقضا لدعواه . فمثلا إذا دون التاجر فى فترة أنه تسلم البضاعة وقام بدفع ثمنها ، فلا يجوز للخصم أن يجزىء هذه العبارة فيأخذ منها مايفيده وهو واقعة تسلم البضاعة، ويستبعد ما يضره وهو واقعة دفع الثمن . وأما إذا كانت دفاتر التاجر غير منتظمة فإن للقاضى أن يقرر قيمتها دون أن يتقيد فى ذلك بقاعدة عدم جواز تجزئة الإقرار .

وتعتبر دفاتر التاجر حجة عليه سواء أكانت منتظمة أم غير منتظمة ، وسواء كان خصمه تاجرا أم غير تاجر ، كما يستوى أن يكون الأمر متعلقا بنزاع تجارى أو مدنى . إلا أنه يلاحظ أن الدليل المستمد من دفتر التاجر فى هذه الحالة يقبل إثبات العكس ، فلصاحب الدفتر أن يثبت عكس ما ورد به بكل طرق الإثبات .

٥٨ — دفاتر التاجر قد تكون حجة له : الأصل أن دفاتر التاجر لا تكون حجة له ، لأنه لا يمكن للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه . ولكن المشرع خرج على هذه القاعدة واعتبر دفاتر التاجر حجة له فى حالتين : ـ

(١) فى الدعاوى التجارية إذا كان الخصم تاجرا ، إذ تنص المادة ١٧ تجارى على أنه « يجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية لأجل الإثبات فى دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانونا » . والأمر سهل فى هذه الحالة لأن القاضى يستطيع أن يقارن دفاتر التاجرين ، فإن كانت منتظمة ومتطابقة اطمأن إلى سلامة الدليل ، وإلا فله مطلق الحرية أن يأخذ بها أو يطرحها حسب ما يتراءى له من ظروف الدعوى .

٢ — أما فى الدعاوى المدنية فالقاعدة أن دفاتر التاجر لا تكون حجة له ، وقد قررت هذه القاعدة المادة ٣٩٧ مدنى فى فقرتها الأولى بقولها « دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار » إلا أن هذه الفقرة بعد نصت على هذه القاعدة أضافت « غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساسا يجيز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة » . وهذا النص يتضمن استثناء مؤداه أن دفاتر التاجر تعتبر حجة له على غير التاجر . وهذا الاستثناء قاصر على ما يورده التاجر لعملائه غير التجار فى حدود ما يجوز إثباته بالبينة ، أى يشترط الا يجاوز

قيمة البضاعة التى وردها التاجر لعميله عشرة جنيهات . هذا إلى أن الحجية المستمدة من دفتر التاجر فى هـذه الحالة حجية ناقصة ، فإذا ما قبلها القاضى تعين عليه أن يكملها بتوجيه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين

وعلى أية حال فالأخذ بهذا الدليل جوازى للقاضى ، ولذلك لا يلزم أن تـكون دفاتر التاجر منظمة . كما يستطيع الخصم أن ينقض الدليل المستمد من هذه الدفاتر بكل طرق الاثبات بما فى ذلك البينة والقرائن .

٥٩ — الدفاتر والأوراق المنزلية :

يقصد بهذه الدفاتر والأوراق ما يكون لدى بعض الأفراد من مذكرات خاصة يثبتون فيها ما يتعلق بحقوقهم والتزاماتهم ، سواء أكانت هذه المذكرات فى صورة دفاتر حسابات أو أجندات أو أوراق متفرقة . ولما كان القانون لا يلزم الأفراد بامساك هذه الأوراق ولا يتطلب أوضاعا معينة فيما يدون فيها من بيانات ، فانه لا يعطيها نفس القيمة التى للدفاتر التجارية . وقد بينت المادة ٣٩٨ مدنى حجية هـذا النوع من الأوراق بقولها « لا تـكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا فى الحالتين الآتيتين :

(ا) إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا .

(ب) إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته » .

ويتبين من هـذا النص أن الدفاتر والأوراق المنزليـة لا تـكون حجة لصاحبها لأن القاعدة أن الشخص لا يستطيع أن يصطنع دليلا لنفسه ، ومع ذلك فليس هناك ما يمنع القاضى من أن يستخلص من هذه الأوراق قرينة لصالح من صدرت منه تضاف إلى قرائن أخرى وفقا للقواعد العامة فى الاثبات بالقرائن . من ذلك ما قرره القضاء من أن الطبيب الذى يدون فى دفاتره بانتظام زياراته لمرضاه يستطيع أن يستند إلى هذه الدفاتر فى مطالبة

مرضاه ولو بما يجاوز نصاب البينة لأن علاقته بمرضاه تعتبر مانعا أدبيا من الحصول على كتابة.

والقاعدة أيضا أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة على من صدرت منه، إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء فى حالتين ذكرتهما المادة ٣٩٧ مدنى على سبيل الحصر تكون فيهما هذه الاوراق حجة على صاحبها :

الاولى هى حالة ما إذا ذكر فى هذه الأوراق صراحة أنه استوفى دينا، إذ يعتبر هذا بمثابة إقرار منه، ولا يعقل أن يدون الشخص هذا فى أوراقه الخاصة دون أن يكون الوفاء قد تم فعلا .

الثانية إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الاوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته، وهذه حالة نادرة الوقوع لان الشخص إذا قصد أن تقوم هذه الاوراق مقام السند فانه سيوقع عليها . وفى هذه الحالة ستكون الورقة الموقعة دليلا كتابيا كاملا ولا حاجة إلى الاستناد إلى هذا النص الاستثنائى .

وحجية الدفاتر والأوراق المنزلية ليست مطلقة فى هاتين الحالتين، إذ يستطيع من صدرت منه أن يثبت عكس ما ورد فيها، وهو يستطيع ذلك بكل طرق الاثبات بما فى ذلك البينة والقرائن، ولا تطبق هنا قاعدة عدم جواز اثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة لان الدفاتر والاوراق المنزلية ليست أوراقا عرفية كاملة فلا تطبق عليها هذه القاعدة(١).

ويلاحظ أخيرا أنه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم الدفاتر والأوراق المنزلية إلا إذا كانت مشتركة بين الخصمين كما إذا كانت متعلقة بتركة أو شركة، أو إذا كان قد سبق لصاحب هذه الأوراق أن قدمها من تلقاء نفسه إلى المحكمة (المادة ٢٥٣ مرافعات)

(١) عبد المنعم الصدة ص ١٨٧، وعكس ذلك سليمان مرقس، الموجز ص ١٠٦ .

٦٠ — التأشير على سندا لدين :

يحدث أحيانا ـ خصوصا إذا كان الوفاء جزئيا ـ أن يكتفى المدين فى إثبات الوفاء بأن يقوم الدائن بالتأشير بما يفيد هذا الوفاء على سندا لدين الموجود فى حيازته . وقد يكون التأشير على نسخة أصلية من السند فى يد المدين أو على مخالصة بدفعة سابقة من الدين : وقد بينت المادة ٣٩٩ مدنى حجية التأشير فى هاتين الحالتين بقولها :

« ١ ـ التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ، ولو لم يكن التأشير موقعا منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته .

٢ — وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين فى نسخة أصلية أخرى للسند ، أو فى مخالصة ، وكانت النسخة أو المخالصة فى يد المدين »

ويظهر من هذا النص أنه تجب التفرقة بين ما إذا كان السند ـ المؤشر عليه بما يستفاد منه براءة ذمة المدين ـ فى حيازة الدائن أم حيازة المدين

٦١ — التأشير على سند فى حيازة الدائن :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٩٩ مدنى تجعل التأشير فى هذه الحالة حجة على الدائن بحصول الوفاء حتى يثبت العكس . ولا يتطلب القانون أن يكون هذا التأشير بخط الدائن أو أن يكون موقعا عليه منه ، كما لا يشترط أن يكون التأشير فى شكل معين أو فى مكان معين من السند فقد يكون فى هامشه أو فى أسفله أو فى ظهره . ولكن يشترط أن يكون السند قد ظل فى حيازة الدائن ، فإذا كان السند قد خرج من حيازته . ولو لفترة قصيرة انتفت دلالة هذا التأشير . ويقع على الدائن عبء إثبات خروج السند من حيازته إذا أراد أن ينفى دلالة التأشير على براءة المدين . ودلالة براءة ذمة المدين

المستفادة من التأشير ليست قاطعة ، إذ يستطيع الدائن أن ينقضها بإثبات أن التأشير تم عن غلط أو أنه كتب مقدما توقعا لوفاء لم يتم . والدائن يستطيع ذلك بكل طرق الإثبات بما فى ذلك البينة والقرائن لأن التأشير غير الموقع لا يعتبر دليلا كتابيا كاملا تجب الكتابة فى إثبات ما يخالفه(١) .

وإذا وجـــد التأشير على السند مشطوباً ، فالرأى الغالب فى الفقه أنه يترتب على الشطب زوال قيمة التأشير ، بينما يرى آخرون أن تبقى للتأشير المشطوب حجيته طالما يظل مقروءا(٢) . ولكننا نفضل الرأى القائل بترك الأمر لتقدير القاضى ليعطى للتأشير حجيته أو ليجرده من هذه الحجية تبعاً لظروف الحالة المعروضة أمامه(٣)

٦٢ — التأشير على سنداً ومخالصة فى حيازة المدين :

قد يكون التأشير بما يستفاد منه براءة الذمة على صورة أصيلة للسند تحت يد المدين ، أو على مخالصة بالوفاء بدفعة سابقة من الدين . فى هذه الحالة يكون للتأشير دلالته على براءة ذمة المدين ولو لم يكن موقعا من الدائن ، إنما يشترط لذلك أن يتوافر شرطان :

الأول : أن يكون التأشير بخط الدائن ، ذلك أن النسخة أو المخالصة التى تحمل التأشير تكون فى حيازة المدين ، ومن السهل أن يستكتب هذا الأخير شخصاً آخر ما يفيد براءة ذمته .

الثانى : أن تكون النسخة أو المخالصة المؤشر عليها تحت يد المدين أو تحت يد شخص يحتفظ بها لحسابه كوكيل أو مودع لديه .

إذا توافر هذان الشرطان كان التأشير حجة على الدائن ، ويستطيع هذا

(١) عبد المنعم الصدة ، رقم ١٦٤ . عكس ذلك سليمان مرقص ، الموجز ص ١٠٩ .

(٢) سليمان مرقص ، الموجز ، رقم ١٠١ — جميل الشرقاوى ص ٧٠ .

(٣) عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق .

الأخير أن ينقض هذه الحجية بكل طرق الإثبات ، كما رأينا بالنسبة لنقض حجية التأشير على سند الدين الموجود تحت يد الدائن .

وإذا كان التأشير الذى على السند أو المخالصة مشطوباً فإن التأشير يفقد دلالته (وهذا على خلاف الحالة السابقة) . ذلك أن الورقة المؤشر عليها تحت يد المدين وهو لايسمح بشطب التأشير الدال على البراءة إلا إذا كان الوفاء لم يتم فعلا .

المبحث الثالث

الحالات التى يتطلب فيها القانون الكتابة للإثبات

٦٣ — ذكرنا فيما سبق أن الكتابة هى وسيلة الاثبات التى يتطلبها القانون أساساً بالنسبة للتصرفات القانونية ، أما الوقائع المادية فيمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات لأن طبيعتها لا تسمح أن يتطلب المشرع بشأنها دليلا معينا . ولكن إذا تطلب المشرع الكتابة بالنسبة لجميع التصرفات القانونية لكان فى ذلك كثير من العنت ، ولذلك لاتجب الكتابة إلا إذا زادت قيمة التصرف عن حد معين قدره المشرع بعشرة جنيهات ، أو إذا كان التصرف غير محدد القيمة (المادة ٤٠٠/١ مدنى) .

وقد لا تزيد قيمة التصرف عن عشرة جنيهات ومع ذلك يحرص ذوو الشأن على كتابته ، وفى هذه الحالة أوجب القانون الكتابة لإثبات مايخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى ، حتى ولو لم تزد قيمة التصرف على عشرة جنيهات .

ويضاف إلى هاتين الحالتين حالات أخرى يتطلب فيها القانون الكتابة لإثبات بعض التصرفات دون اعتبار لقيمتها كما فى عقد الصلح (المادة ٥٥٢ مدنى) ، وعقد الكفالة (المادة ٧٧٣ مدنى) ، وكالكتابة الرسمية المطلوبة لعقد الهبة (المادة ٤٤٨ مدنى) ، والرهن الرسمى (المادة ١٠٣١ مدنى) ،

إلا أن دراسة إثبات هـــذه التصرفات تكون بمناسبة دراستها . ولذلك سنقتصر على عرض القاعدتين الأساسيتين فى هذا الموضوع وهما :

١ — وجوب الكتابة فى إثبات التصرفات القانونية التى تزيد قيمتها على عشرة جنيهات .

٢ — وجوب الكتابة فى إثبات مايخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى .

أولا

وجوب الكتابة فى إثبات ماتجاوز قيمته عشرة جنيهات

٦٤ — شروط تطبيق القاعدة :

تنص المادة ٤٠٠/١ — القانون المدنى على أنه « فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة فى إثبات وجوده أو انقضائه مالم يوجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » . ويتبين من هذا النص أنه يجب أن يتوافر شرطان لتطبيق هذه القاعدة : أولهما أن نكون بصدد تصرف قانونى مدنى ، والثانى أن تزيد قيمة هذا التصرف على عشرة جنيهات أو أن يكون غير محدد القيمة .

٦٥ — (١) أن يكون محل الإثبات تصرفا قانونياً :

رأينا أن المادة ٤٠٠ مدنى تقصر وجوب الإثباب بالكتابة فيما تجاوز قيمته عشر جنيهات على التصرفات القانونية ، ويستوى أن تكون هذه التصرفات عقوداً كالبيع والإيجار أو أن تكون تصرفات بإرادة منفردة كالإقرار ، وإجازة التصرف القابل للإبطال والنزول عن الحق فى الشفعة . ويلاحظ أن بعض التصرفات التى تتم بإرادة منفردة قد تستنتج من أفعال يقوم بها الشخص الذى ينسب إليه التصرف ، كالإجازة الضمنية للعقد القابل

للإبطال إذ يمكن أن تستخلص من أفعال يقوم بها من له الحق فى الإبطال وفى هذه الحالة يجوز إثبات هذه الإجازة الضمنية بكل طرق الإثبات بما فى ذلك البينة والقرائن .

وإذا كان ما يراد إثباته هو تصرف قانونى فإن الكتابة تجب فى إثباته سواء أكان ذلك فى دعوى مدنية أم فى دعوى جنائية . فإذا كنا بصدد جريمة خيانة أمانة فإن الكتابة تكون واجبة فى إثبات عقد الوديعة أو الوكالة الذى تقوم عليه هذه الجريمة إذا كانت قيمة الشيء المبدد تزيد على عشرة جنيهات .

ويجب أخيرا لتطبيق هذه القاعدة أن يكون التصرف مدنيا ، لأن المشرع يجيز إثبات الأعمال التجارية بكل طرق الإثبات أيا كانت قيمة التصرف .

٦٦ — (٢) قيمة التصرف

لا يكفى أن نكون بصدد تصرف قانونى لكى تكون الكتابة واجبة فى إثباته ، بل يجب أن تزيد قيمة هذا التصرف على عشرة جنيهات ، لأن المشرع رأى أن اشتراط الكتابة فيما تقل قيمته عن هذا الحد قد يكون سببا فى تعطيل المعاملات بين من لا يعرفون القراءة والكتابة .

وقد أعطى المشرع التصرف الغير محدد القيمة حكم التصرفات التى تزيد قيمتها على عشرة جنيهات وأوجب الكتابة فى إثباته . ومثال ذلك الالتزام بعدم البناء .

٦٧ — طريقة تقدير التصرف :

يقصد بقيمة التصرف قيمة ما ينشأ عن هذا التصرف من حقوق والعبرة فى تقدير هذه القيمة بوقت صدور التصرف (المادة ٤٠٠ / ٢ مدنى) . فإذا كانت قيمة التصرف وقت صدوره تزيد على عشرة جنيهات كانت الكتابة

واجبه فى إثباته حتى ولو كان المطالب به وقت رفع الدعوى يقل عن هـذه القيمة . وعلى العكس إذا كانت قيمة التصرف وقت صدوره لا تزيد على عشرة جنيهات جاز الإثبات بالبينة حتى لو زادات هذه القيمة وقت المطالبة عن هذا القدر بسبب إضافة الفوائد إلى أصل الدين مثلا . وقد نصت على هذا الفقرة الثانية من المادة ٤٠٠ مدنى بقولها « ويجوز الاثبات بالبينة إذا كانت زيادة الالتزام على عشرة جنيهات لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات إلى أصل الدين » .

ولا تثور صعوبة فى تقدير قيمة التصرف إذا كان محله دفع مبلغ من النقود . أما إذا كان محل التصرف غير مقدر بالنقود فإن القاضى يقدر قيمته مستعينا فى ذلك بأهل الخبرة .

وقد اعتبر القانون مطالبة المدعى بما يجاوز نصاب البينة قرينة على أن قيمة التصرف تزيد على عشرة جنيهات وألزمه بأن يثبت حقه بالكتابة حتى لو خفض طلبه بعد ذلك إلى مالا يجاوز نصاب البينة(١) وقد نصت على هذا الحكم المادة ٤٠١ مدنى بقولها « لا يجوز الإثبات بالبينة ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات : (ج) إذا طالب أحد الخصوم فى الدعوى بما تزيد قيمته على عشرة جنيهات ثم عدل طلبه بعد ذلك إلى مالا يزيد عن هذه القيمة » .

٦٨ — تجزئة الدين :

يترتب على القول أن العبرة بقيمة التصرف وقت نشوئه ـ أنه إذا كان حق الدائن فى ذلك الوقت يجاوز نصاب البينة فإن الكتابة تكون واجبة فى الإثبات حتى ولو كان ما يطالب به الدائن هو جزء من هـذا الحق لا تزيد قيمته على عشرة جنهات ، ذلك أن إباحة الاثبات بالبينة فى هذه الحالة يتيح

(١) ويلاحظ أن هذه القرينة لاتقوم إلا فى حالة المطالبة القضائية . فاذا طالب الدائن مدينه وديا بما يزيد على عشرة جنيهات ، ثم رفع دعواه بعد ذلك مطالبا بما لايزيد عن هذه القيمة فانه يستطيع أن يثبت حقه بالبينة — عبد المنعم الصدة ، رقم ١٧٥ .

للدائن أن يجزىء مطالبته ويتخلص بذلك من قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة . ويستوى أن يكون ما يطالب به الدائن هو جزء من أجزاء متعددة أم أن يكون هو الجزء الأخير من الدين ، فالحكم واحد فى الحالتين . وقد نصت على هذا المادة ٤٠١ / ب مدنى بقولها أنه لا يجوز الإثبات بالبينة ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات ، إذ كان المطلوب هو الباقى أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة »[٢] .

٦٩ — تعدد الالتزامات بين الخصوم أنفسهم :

لما كانت العبرة بقيمة التصرف وقت نشوئه ، فإنه يترتب على ذلك أنه إذا تعددت الالتزامات بين الخصوم أنفسهم ، فان قيمة هـــذه الالتزامات لا تجمع عند المطالبة لمعرفة ما إذا كانت الكتابة واجبة أم لا بل يجب أن ينظر إلى قيمة كل منها على حدة ، فالا تجاوز قيمته نصاب البينة جاز إثباته بالبينه حتى ولو كانت قيمة هـذه الالتزامات فى مجموعها تزيد على عشرة جنيهات . وقد نصت على ذلك المادة ٤٠٠ مدنى فى فقرتها الثالثة بقولها « وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الاثبات بالبينة فى كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ولو كانت هذه الطلبات فى مجموعها تزيد على هـذه القيمة ، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة ... »

وعلى ذلك إذا طالب الدائن مدينه بثلاث مبالغ ناشئة عن عقد قرض وعقد بيع وعقد ايجار ، فإنه يستطيع أن يثبت كلا من هـذه المبالغ الثلاثة بالبينة إذا كانت قيمته لا تجاوز عشرة جنيهات حتى لو جاوزت الديون مجتمعة هذه القيمة . وكذلك الحكم إذا كانت التصرفات من طبيعة واحدة ولكنها

---

(١) وعلى ذلك إذا توفى دائن بحق تجاوز قيمته نصاب البينة وانقسم حقه بين ورثته ، وجب على كل منهم عند المطالبة بنصيبه أن يثبت دعواه بالكتابة حتى ولو كان مايطالب به لايزيد على عشرة جنيهات .

تمت فى أوقات مختلفة كبيع ساعة بثمانية جنيهات وقلم بخمسة جنيهات ، إذ يستطيع الدائن فى هذه الحالة أن يثبت بالبينة كل تصرف على حدة رغم أن مجموع ما يطالب به يزيد على عشرة جنيهات . ولكن إذا بيعت هذه الأشياء كصفقة واحدة ، فإننا نكون بصدد تصرف واحد تزيد قيمته على عشرة جنيهات وبالتالى تجب الكتابة فى إثباته .

٧٠ — إثبات الوفاء :

اعتبر المشرع الوفاء تصرفا قانونيا مستقلا يترتب عليه انقضاء الدين ، وبالتالى فهو يخضع لقاعدة الاثبات بالكتابة إذا كانت قيمة الموفى به تزيد على عشرة جنيهات . أما إذا كان الموفى به أقل من ذلك فإن البينة تجوز فى إثباته حتى ولو كان هذا الوفاء وفاء جزئيا لدين لا يجوز إثباته إلا بالكتابة . وقد نصت على هذا الحكم المادة ٤٠٠ مدنى فى نهاية الفقرة الثالثة منها .

وهذا الحكم قد يساء استعماله فى العمل ، إذ هو يبيح للمدين بدين تجب الكتابة فى إثباته أن يدعى وفاءه بهذا الدين على أقساط متعددة كل منها لا يجاوز نصاب البينة . وقد كان القضاء يجرى على خلاف ذلك فى ظل القانون القديم ، إذ كان يتطلب الكتابة فى إثبات الوفاء إذا كان أصل الدين يجاوز نصاب البينة حتى ولو كان الموفى به لا يزيد عن هذه القيمة « فكما أن العبرة فى إثبات الالتزام هى بأصل قيمته لا بمقدار الجزء المطلوب منه ، فكذلك تكون العبرة فى إثبات الوفاء بقيمة الالتزام لا بمقدار ما يراد إثباته من وفاء جزئى » إلا أن هذا القضاء أصبح يخالف حكم المادة ٤٠٠ / ٣ من القانون المدنى الجديد[1] .

ويلاحظ أن حكم المادة ٤٠٠ / ٣ مدنى لا ينطبق إلا إذا كان الذى يتمسك بالوفاء هو المدين ليثبت براءة ذمته . أما إذا اريد باثبات الوفاء شيء

(١) عبد المنعم الصدة ، رقم ١٧٧ .

آخر غير براءة الذمة ، كما لو تمسك الدائن بالوفاء ليثبت إجازة المدين للعقد القابل للابطال ، أو ليثبت قطع التقادم ، فإن العبرة فى هـذه الحالة تكون بقيمة الدين كله لا بقيمة الجزء الذى تم الوفاء به .

ثانيا

وجوب الكتابة فى إثبات مايخالف أو يجاوز الكتابة

٧٠ — شروط تطبيق هذه القاعدة :

تنص المادة ٤٠١ / ١ على أنه « لايجوز الإثبات بالبينة ولولم تزد القيمة على عشرة جنيهات فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى » فالكتابة واجبة إذا فى إثبات مايخالف الكتابة أو يجاوزها . ويتبين من النص أنه يجب توافر ثلاثة شروط لتطبيق هذه القاعدة . (١) أن يوجد دليل كتابى (٢) أن يكون الدليل الكتابى مثبتا لتصرف قانونى مدنى (٣) أن يكون المراد إثباته يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة .

٧١ — (١) أن يوجد دليل كتابى :

يجب لتطبيق هذه القاعدة أن يوجد دليل كتابى كامل ، كالأوراق الرسمية ، أو الأوراق العرفية المعدة للإثبات ، أو الرسائل الموقع عليها ، فقد رأينا أن القانون يعطى الرسائل الموقعة قيمة الورقة العرفية المعدة للإثبات . ولايتحقق هـذا الشرط إذا كنا بصدد دليل كتابى غير كامل كالدفاتر والأوراق المنزلية ، والتأشير على سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين ، فى هـذه الحالات يجوز إثبات عكس ما هو مدون فى هذه الأوراق بكل طرق الاثبات دون التقيد بقاعدة عدم جواز إثبات مايخالف الكتابة إلا بالكتابة .

٧٢ — (٢) أن تكون الكتابة مثبتة لتصرف مدنى :

يجب أن يكون التصرف الثابت بالكتابة تصرفا مدنيا ، فقد رأينا أن أن التصرفات التجارية لاتخضع لقاعدة وجوب الكتابة فى إثبات ماتزيد قيمته على عشرة جنيهات — وهى (التصرفات التجارية) لاتخضع كذلك لقاعدة وجوب الإثبات بالكتابة فيما يخالف أو يجاوز الكتابة . فإذا كان التصرف التجارى ثابتا بالكتابة فإنه يجوز مع ذلك إثبات ما يخالفه بالبينة .

وإذا كان التصرف مدنيا طبقت عليه هذه القاعدة حتى ولو كانت قيمته لا تزيد على عشرة جنيهات — بل إن أهمية هذه القاعدة لا تظهر إلا فى هذه الحالة ، إذ لو زادت قيمة التصرف على عشرة جنيهات لطبقت القاعدة الأولى التى تقضى بوجوب الكتابة فى إثبات ما تزيد قيمته على عشرة جنيهات .

٧٣ - (٣) أن يكون المراد إثباته يخالف أو يجاوز الكتابة

وأخيرا يشترط لتطبيق هذه القاعدة أن يكون المراد إثباته يخالف أو يجاوز الكتابة .

ويقصد بإثبات ما يخالف الكتابة تكذيب المكتوب ، فمثلا إذا كانت الورقة مثبتة لعقد بيع ذكر فيه أن الثمن قد دفع ، فلا يستطيع البائع أن يدعى أن التصرف فى حقيقته هبة مستورة وأن الثمن لم يدفع لأن ذلك يعتبر إثباتا لما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابى ، وبالتالى تجب الكتابة فى إثباته .

وأما إثبات ما يجاوز الكتابة فمعناه ادعاء إضافة أو تعديل لما هو مكتوب . فإذا كان المدون بالكتابة عقد قرض لم يذكر فيه أن القرض منتج فوائد ، فلا يستطيع الدائن الادعاء بأن القرض يغل فوائد إلا إذا أثبت ذلك بالكتابة .

وإذا كان تاريخ التصرف مدونا بالورقة طبقت القاعدة لأن إثبات أن

التصرف تم من تاريخ آخر يعتبر إثباتا لما يخالف الكتابة ولا يمكن إثبات ذلك إلا بدليل كتابي . أما إذا كانت الورقة خالية من التاريخ ويراد إثبات أنها تمت فى تاريخ معين ، فالرأى الغالب فى الفقه أن ذلك يجوز بكل طرق الإثبات ولا ضرورة لتطلب الكتابة بحجة أن ذلك يعتبر إثباتا لما يجاوز المكتوب .

وإذا كان المراد إثباته واقعة مستقلة لاحقة لنشوء التصرف وتؤدى إلى انقضاء الإلتزامات الناشئة عنه ، كالوفاء والابراء فإن إثبات هـــذه الواقعة لا يتقيد بقاعدة وجوب الكتابة فى إثبات ما يخالف أو ما يجاوز الكتابة . على ذلك فالوفاء بالتزام لاتزيد قيمته على عشرة جنيهات يجوز إثباته بالبينة حتى ولو كان الدين ثابتا بالكتابة .

كذلك لا تنطبق هذه القاعدة إذا كان المراد إثباته عيبا من عيوب الرضاء كغلط أو تدليس أو إكراه ، لأن الإثبات فى هذه الحالة لا يعتبر إثباتا لما يخالف أو يجاوز الكتابة ، وإنما ينصب الاثبات على وقائع مادية يجوز إثباتها بكل الطرق .

وقد اختلف فيما إذا كان من الممكن أن تقبل البينة فى تفسير نصوص التصرف لإيضاح مابها من غموض ، فقال البعض إن البينة لا تجوز فى هـذه الحالة ، لأن ذلك قد يؤدى إلى إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة . ولكن الراجح أن البينة تجوز فى هذه الحالة لأن المقصود هو جلاء ما غمض من نصوص التصرف وليس فى هذا ما يخالف الكتابة أو يجاوزها .

٧٤ — الاستثناءات التى ترد على القاعدتين السابقتين :

بعد أن نص المشرع فى المـادة ٤٠٠ على وجوب الكتابة فى إثبات التصرفات القانونية التى تزيد قيمتها على عشرة جنيها ، وفى المادة ٤٠١ على

وجوب الكتابة فى إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل على دليل كتابى . ذكر فى المادتين ٤٠٢ ، ٤٠٣ حالات يجوز فيها الإثبات بالبينة أو القرائن رغم توافر الشروط التى تجعل الكتابة واجبة وفقا للقاعدتين السابقتين . هـــذه الحالات هى : وجود مبدأ ثبوت بالكتابة وجود مانع من حال دون الحصول على دليل كتابى وفقد السند بقوة قاهرة . وهناك حالة أخرى لم تذكرها هذه النصوص وإنما تقضى بها القواعد العامة وهى حالة الغش أو الاحتيال على القانون . وسنعرض لهذه الحالات بالتفصيل عند كلامنا عن الإثبات بالبينة .

٧٥ — إثبات الصورية :

تعتبر الصورية من أهم الحالة التى يثور بشأنها تطبيق قاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ، فإذا كان العقد الصورى ثابتا بالكتابة ، فعلى من يدعى صورية هذا العقد أن يثبت الصورية بالكتابة حتى لو كانت قيمة التصرف لا تزيد على عشرة جنيهات ، وهذه الكتابة تكون عادة ورقة الضد . فالقاعدة إذا أنه فيما بين المتعاقدين لا يمكن إثبات الصورية إلا بالكتابة . هذا إلا إذا كانت الصورية تنطوى على غش ، أو كان مدعى الصورية فى إحدى الحالات التى تجيز الإثبات بالبينة بدلا من الكتابة كوجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، أو وجود مانع من الحصول على دليل كتابى ، أو ضياع السند بقوة قاهرة ، فيجوز له فى هذه الحالة أن يثبت الصورية بالبينة ، ولا يتقيد بقاعدة وجوب الكتابة فى إثبات ما يخالف أو ما يجاوز الكتابة . ويعتبر متعاقدا فى هذا المعنى كل من كان طرفا فى العقد الصورى بشخصه أو بنائبه ومن يخلفه خلافة عامة كالوارث والموصى له بحصة من التركة .

أما بالنسبة للغير فلا تطبق قاعدة وجوب الكتابة فى إثبات ما يخالف أو ما يجاوز الكتابة ، ذلك أن الغير لم يكن طرفا فى التصرف الصورى

وبالتالى لم يكن فى وسعه أن يحصل على دليل كتابى ضد الصورية ، ولذلك يجوز له أن يثبتها بكل طرق الإثبات بما فى ذلك البينة والقرائن . والغير فى هـــذا المعنى ، هو كل شخص لم يكن طرفا فى التصرف الصورى وتكون له مصلحة تجعله يستفيد أو يضار من هذا التصرف »(١) . ويشمل ذلك الدائنين والخلف الخاص لكل من المتعاقدين .

فمثلا إذا باع المدين مالا مملوكا له بيعا صوريا كى يمنع دائنيه من التنفيذ عليه فإن دائنيه يعتبرون من الغير بالنسبة لهذا التصرف ، ويستطيعون إثبات صوريته بكل طرق الإثبات .

---

(١) عبد المنعم الصدة ص ٢٢٢ .

الفصل الثانى

البينة

٧٦ — تعريف البينة :

البينة أو شهاد الشهود هى إخبار الشخص أمام القضاء لواقعة حدثت من غيره ويترتب عليها حق لغيره . ويجب أن تكون الشهادة مباشرة بأن يخبر الشاهد بما وقع من الغير تحت سمعه أو بصره . كمن يشهد تعاقدا أو حادثة فيروى ما سمعه أو رآه . أما إذا كانت الشهادة غير مباشرة أو سماعية ـ كأن يشهد الشخص بما سمع رواية عن الغير ـ فلا تعتبر شهادة بالمعنى القانونى تكون لها حجية البينة ، وإن كان للمحكمة أن تستنير بها باعتبارها قرينة على صحته المدعى به .

ويجب أن يكون الشاهد مميزا ، وأن تكون سنه قد بلغت أربع عشرة سنة ، فإن لم يكن قد بلغ هذه السن فإن أقواله تسمع على سبيل الاستدلال (المادة ٢٠٤ مرافعات) . ولا يجوز رد الشاهد ولو كان صهرا أو قريبا لأحد الخصوم (المادة ٢٠٣ مرافعات) .

٧٧ — حجية البينة :

سبق أن رأينا أن الأصل أن يكون إثبات التصرفات القانونية بالكتابة ، واستثناء يجوز إثبات هذه التصرفات بالبينة إذا لم تجاوز قيمتها قدرا معينا . هذا إلى أن الكتابة إذا لم ينكرها الخصم أو يدعى تزويرها تكون ملزمة للقاضى . وذلك على عكس البينة التى تخضع لتقدير القاضى فيستطيع أن يأخذ بها أو يتركها ، إذا ساورة شك فى صحتها وقد قضت محكمة النقض بأن « قاضى الموضوع هو وحده صاحب الحق فى تقدير ما يقدم إليه فى الدعوى

من بينات . . . فلا تثريب على المحكمة إذا هى اطرحت شهادة الشهود فى التحقيق الذى أمرت به لعدم اقتناعها بصدق أقوالهم »[١] كما قضت بأن « ترجيح شهادة شاهد على شاهدة آخر هو من اطلاقات قاضى الموضوع لا شأن فيه لغير ما يطمئن إليه وجدانه »[٢] وأن المحكمة إذا ما اطرحت أقوال الشهود لعدم اطمئنانها إلى شهادتهم فلاشأن لمحكمة النقض بها إذ ذلك من الأمور التى يستقل بها قاضى الموضوع لتعلقه بتقدير الدليل »[٣]

٧٨ — الأحوال التى يجوز فيها الإثبات بالبينة :

يتبين من نصوص المواد ٤٠٠ ، ٤٠٢ ، ٤٠٣ مدنى أنه يجوز الإثبات بالبينة فى نوعين من الحالات :

الأولى : حالات يجوز فيهـا الإثبات بالبينة بحسب الأصل ، وهذه الحالات تستخلص من المادة ٤٠٠ مدنى وهى : ١ — الوقائع المـادية ، ٢ — التصرفات التجارية ، ٣ — التصرفات المدنية التى لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهات .

والثانية : حالات يجوز فيها الإثبات بالبينة استثناء ، بمعنى أنها حالات كانت تجب الكتابة فى إثباتها ، ولكن لتوافر أسباب معينة أجيز استثناء إثباتها بالبينة . وهذه الحالات نصت عليها المواد ٤٠٢ ، ٤٠٣ مدنى وهى : ١ — وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، ٢ — وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابى ، ٣ — فقد السند الكتابى بسبب أجنبى لا يد للدائن فيه . وسنتكلم عن كل نوع من هذه الحالات على حده .

---

(١) نقض مدنى فى ٢٤ / ٤ / ١٩٤٧ — مجموعة القواعد القانونية ، جزء ١ ص ٥١ رقم ٢٠١ .

(٢) نقض مدنى فى ٢٣ / ٤ / ١٩٠٣ — مجموعة القواعد القانونية جزء ١ رقم ٢٠٨ ص ٥١ .

(٣) نقض مدنى فى ١٩٥١/١٢/٦ — مجموعة القواعد القانونية جزء ١ رقم ٢٠٣ ص ٥١ .

أولا

الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالبينة بحسب الأصل

٧٩ — (١) الوقائع المادية .

سبق أن رأينا أن الوقائع القانونية تنقسم إلى وقائع مادية وتصرفات قانونية(١) ، وقلنا أن المشرع يتطلب الكتابة أساساً لإثبات التصرفات القانونية ، لأن هذا النوع من الوقائع تستقل الإرادة بتحديد آثاره وبالتالى تسمح طبيعته أن يطلب المشرع دليلا كتابيا فى إثباته . وأما الوقائع المادية — سواء أكانت وقائع طبيعية أم من فعل الإنسان — فإن طبيعتها لا تسمح أن يتطلب المشرع دليلا معينا بشأنها ، ولذلك كان من الجائز إثباتها بكل طرق الإثبات بما فى ذلك البينة والقرائن .

ومن أمثلة الوقائع المادية الطبيعية الفيضان ، والزلزال ، والحريق ، والجنون ، والعته ، والسفه ، والغفلة ، ومرض الموت(٢) . فهذه كلها وقائع مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات .

وقد تكون الأعمال المادية من التى تحدث بفعل الإنسان كالأفعال الضارة ، إذ يجوز للمضرور أن يثبت أركان المسئولية وهى الخطأ والضرر وعلاقة السببيه بجميع الطرق .

هذا ويلاحظ أن العبرة بالواقعة محل الإثبات دون مراعاة لما يترتب على ثبوت الواقعة المادية من نتائج قانونية ، فإجازة العقد القابل للإبطال تصرف قانونى ، ومع ذلك يجوز أن تستنتج هذه الإجازة من وقائع مادية يجوز إثباتها بالبينة .

---

(١) أنظر ما سبق رقم ١٠

(٢) وقد استثنى القانون من هذه القاعدة الولادة والوفاة إذ جعل اثباتهما بواسطة السجلات الرسمية المعدة لذلك (المادة ٣٠ مدنى) ، فاذا لم توجد هذه السجلات أو ثبت عدم صحة ما دون فيها أمكن إثبات هذه الوقائع بجميع طرق الإثبات .

٨٠ — (٢) المواد التجارية :

رأينا أن المادية ٤٠٠ مدنى التى تتطلب الكتابة فى إثبات ماتجاوز قيمته عشرة جنيهات — تخرج الأعمال التجارية من نطاق حكمها . فهذه الأعمال يجوز إثباتها بالبينة أيا كانت قيمة التصرف ، ذلك أن اشتراط الكتابة فى إثبات الأعمال التجارية يتنافى مع ما تقوم عليه التجارة من ثقة متبادلة وسرعة فى التعامل ، لذلك أخرج المشرع الأعمال التجارية من نطاق تطبيق قاعدتى الإثبات بالكتابة وبالتالى يجوز إثبات هـــذه الأعمال بالبينة ولو زادت قيمة التصرف على عشرة جنيهات ، كما تجوز فيها البينة فى إثبات مايخالف أو مايجاوز الكتابة .

وقد يتطلب المشرع الكتابة فى إثبات بعض المواد التجارية ، إما لأن هذه المسائل لا يمكن أن توجد إلا كتابة كما هو الشأن فى الأوراق التجارية ، وإما لأنها تنطوى على أهمية خاصة فضلا عن أنهـا تستغرق زمنا طويلا كعقود الشركات التجارية وعقود بيع السفن وإيجارها ، كما أنه يمكن الاتفاق على أن يكون إثبات المواد التجارية بالكتابة ، هذا الاتفاق صحيح ويترتب عليه عدم جواز إثبات هذه التصرفات بالبينة .

٨١ — تعين المواد التجارية :

والمرجع فى تعيين الأعمال التجارية التى يجوز إثباتها بالبينة هو قانون التجارة ، إذ بين هذا القانون من هو التاجر وماهى الأعمال التجارية . فإذا كان العمل التجارى بين تاجرين جاز لكل منهما الإثبات بالبينة مهما كانت قيمة التصرف . أما إذا كان العمل التجارى مختلطا ، أى بين طرفين أحدهما تاجر والآخر غير تاجر ، فإن التاجر يلتزم بقواعد الإثبات المدنية فى إثبات دعواه ضد غير التاجر ، بمعنى أنه يجب عليه أن يثبت دعواه بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف على عشرة جنيهات . وعلى العكس تطبق القواعد

التجارية فى الإثبات ضد التاجر ، بمعنى أن غير التاجر يستطيع أن يثبت بالبينة دعواه ضد التاجر أيا كانت قيمة التصرف . فمثلا إذا باع مزارع محصول أرضه من القطن إلى أحد التجار ، ثم قام نزاع بينهما ، فإن المزارع يستطيع أن يثبت تسليم المحصول للتاجر بكل طرق الإثبات ، حتى لو كانت قيمة المحصول تزيد على عشرة جنيهات ، بينما لايستطيع التاجر أن يثبت دفع الثمن إلا بالكتابة .

٨٢ — (٣) التصرفات المدنية التى لاتزيد قيمتها على عشرة جنيهات :

رأينا فيما سبق أن القاعدة العامة التى أوردتها المادة ٤٠٠ مدنى لاتجيز الإثبات بالبينة فى التصرفات القانونية المدنية التى تزيد قيمتها على عشرة جنيهات أو غير محددة القيمة ، وبذلك يخرج من نطاق هـــذه القاعدة التصرفات المدنية التى لاتجاوز قيمتها هذا الحد . ويلاحظ ماسبق أن ذكرناه من أن المشرع قد يتطلب الكتابة لإثبات بعض التصرفات المدنية ولو لم تزد قيمتها على عشرة جنيهات كما هو الشأن فى عقد الكفالة وعقد الصلح وكذلك ماذكر بشأن القاعدة التى تتطلب الكتابة فى إثبات مايخالف الكتابة أو مايجاوزها .

ثانياً

الحالات التى يجوز فيها الإثبات بالبينة استثناء

٨٣ — بالإضافة إلى الحالات التى يجوز فيها الإثبات بالبينة بحسب الأصل ، توجد حالات أخرى تجوز البينة فيها استثناء فى الإثبات . ومعنى جواز الإثبات بالبينة استثناء أننا بصدد حالات الأصل فيها أن تكون ثابتة بالكتابة ، ولكن من قبيل الاستثناء أجيز إثباتها بالبينة . هـذه الحالات ذكرتها المادتان ٤٠٢ ، ٤٠٣ وهى :

١ — وجود مبدأ ثبوت بالكتابة .

٢ — وجود مانع مادى أو أدبى حال دون الحصول على دليل كتابى .

٣ — فقد الدائن سنده الكتابى لسبب أجنبى لا يد له فيه .

٨٤ — أولا ـ وجود مبدأ ثبوت بالكتابة :

تنص المادة ٤٠٢ مدنى على ما يأتى : ـ

« ١ — يجوز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة .

وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة » . ومن هذا النص يتبين أنه لكى تكون بصدد مبدأ ثبوت بالكتابة يجب أن تتوافر ثلاثة شروط : (ا) أن توجد كتابة (ب) وأن تكون هذه الكتابة صادرة من الخصم (ج) وأن تجعل المدعى به قريب الاحتمال .

٨٥ — (١) وجود كتابة :

يجب أولا لوجود مبدأ ثبوت بالكتابة أن توجد كتابة ، ولا يشترط فى هذه الكتابة أى شكل ، فأى ورقة مكتوبة يمكن أن تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إذا توافرت الشروط الأخرى . فلا يشترط أن تكون الكتابة بخط المدين أو موقعة منه ، ولذلك قد تكون رسالة أو مذكرة خاصة ، أو أقوالا وردت فى محضر تحقيق ، أو ورقة رسمية مزورة ، فكل هذه الأوراق تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إذا لم تكن دليلا كاملا بالنسبة لموضوع الدعوى . ولا يلزم أن يستخلص مبدأ الثبوت بالكتابة من ورقة واحدة ، بل يجوز أن يستخلص من أوراق متعددة حتى لو كانت كل واحدة منها لا تكفى بمفردها لاستخلاص ذلك .

ويجب أخيرا أن تكون الورقة التى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة مقدمة

فى الدعوى أو على الأقل معترفا بوجودها ممن تنسب إليه ، فإن لم تكن كذلك فلا يستطيع من يتمسك بها أن يثبت وجودها بالبينة .

٨٦ — (٢) صدور الكتابة من المدعى عليه

يجب كذلك لاعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة أن تكون صادرة من الخصم المدعى عليه ، بأن تكون بخطه أو موقعة منه . وتعتبر الورقة كأنها صادرة من المدعى عليه إذا كانت صادرة ممن ينوب عنه نيابة قانونية كالوصى والقيم . أو نيابة اتفاقية كالوكيل بشرط أن تكون الورقة قد صدرت من النائب فى حدود نيابته ، وكذلك الحكم بالنسبة للأوراق الصادرة من شخص يعتبر المدعى عليه خلفا عاما له كالمورث . فاذا لم تكن الورقة صادرة من المدعى عليه أو من نائبه على الوجه السابق فلا يتحقق هذا الشرط أيا كانت الصلة التى تربط المدعى عليه بمن صدرت منه الورقة كما لو كان ابنا أو زوجا مثلا .

والأصل أن الورقة تعتبر صادرة من المدعى عليه إذا كانت موقعة منه أو ممن يمثله ، أو بخطه أو بخط من يمثله . إلا أن هناك بعض الأوراق التى يمكن أن تعتبر صادرة من الشخص رغم أنها ليست موقعة منه أو ممن يمثله وليست بخطه ولا بخط من يمثله . ومن هذا النوع الأوراق الرسمية كمحاضر التحقيق ومحاضر الجلسات إذ ما يرد فيها من أقوال الخصوم يعتبر صادرا منهم ، فإذا كانت هذه الأقوال لا ترقى إلى درجة الاقرار فإنه يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت تجعل المدعى به قريب الاحتمال .

ويلاحظ أن الورقة لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إلا إذا لم ينكرها من يتمسك عليه بها أو يطعن فيها بالتزوير ، وفى هذه الحالة لا يعتد بالورقة إلا إذا ثبتت صحتها .

٨٧ — ٣ - جعل المدعى به قريب الاحتمال

يجب أخيرا - لاعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة - أن تتضمن

ما يجعل الأمر المدعى به قريب الاحتمال ، ذلك أن جواز الإثبات بالبينة فى هذه الحالة يفترض وجود دليل ناقص ، فإذا كانت الورقة تتضمن نفيا قاطعا للواقعة المدعاة فلا يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان من شأن الورقة أن تقرب احتمال صدق الأمر المدعى به أم لا ، وقد قضت محكمة النقض بأن « تقدير الورقة التى يراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من جهة كونها تجعل الإثبات قريب الاحتمال أو لا تجعله هو اجتهاد فى فهم الواقع يستقل به قاضى الموضوع »[1]

ومن أمثلة ذلك أن يكتب المدين إلى الدائن خطاباً ويشير فيه إلى الدين الموجود فى ذمته دون أن يحدد مقدار الدين ، فى هذه الحالة يكون الخطاب مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة لهذا الدين يجيز للمدعى أن يثبت البينة مقدار الدين وشروطه . ومن ذلك أيضاً أن يحضر الدائن محضر جرد التركة ولا يذكر الدين الذى له فى المحضر ، فى هذه الحالة يعتبر محضر جرد التركة — الذى عمل أمام الدائن دون أن يذكر فيه دينه — مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة للوفاء بهذا الدين ، لأنه لو كان الدين باقياً فى ذمة المورث لما خلا منه محضر جرد التركة .

ولا يشترط أن تدل الورقة بطريقة مباشرة على احتمال صدق المدعى به ، بل يمكن أن يستنبط ذلك منها . فمثلا ورقة شطب الرهن تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة للوفاء بالدين المضمون بالرهن لأنه يمكن أن يستنبط معها أن الدائن قد استوفى حقه . ومن ذلك أيضا اعتبار المخالصة بجزء متأخر من الدين مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة للوفاء بالأقساط السابقة .

---

(١) نقض مدنى فى ١٩٤٨/٣/١٨ ـ مجموعة القواعد القانونية ، جزء ١ رقم ١٧١ ص ٤٧ أنظر كذلك فى هذا المعنى ، نقض مدنى فى ١٩٤٧/٥/٢٢ ، وفى ١٩٤٩/٦/٩ ، وفى ١٩٥٠/٣/٣٠ ، وفى ١٩٥٣/١٢/٢٤ . مجموعة القواعد القانونية ، جزء ١ ص ٢٧، ٤٨ .

٨٨ – ما يترتب على وجود مبدأ ثبوت بالكتابة

يترتب على وجود مبدأ ثبوت بالكتابة أنه يجوز الإثبات بالبينة و بالقرائن (المادة ٤٠٢ مدنى) . و ليس معنى هذا أن يصبح قبول الإثبات بالبينة حقا للمدعى ، وإنما يكون الأمر جوازيا للمحكمة ، فلها أن تقبل الإثبات بالبينة ولها أن ترفض ذلك . ويجب أن يطلب المدعى الترخيص له بالإثبات بالبينة ، فلا تستطيع المحكمة أن ترخص به من تلقاء نفسها .

والإثبات بالبينة يصبح جائزا فى الحالات التى تجب فيها الكتابة للإثبات . وعلى ذلك إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة فإن البينة تجوز فى إثبات التصرفات القانونية التى تجاوز قيمتها عشرة جنيها ، وفى إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة . وكذلك تجوز البينة فى إثبات التصرفات القانونية التى يتطلب المشرع الكتابة لإثباتها دون اعتبار لقيمة التصرف كعقد الكفالة وعقد الصلح وذلك لأن المشرع اعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة إذا ايدته البينة مساويا للكتابة الكاملة .

ولكن لا تنطق هذه القاعدة على التصرفات الشكلية التى اعتبر المشرع الكتابة ركنا فى انعقادها كالهبة الرهن الرسمى ، فى هذه الحالة إذا لم توجد الكتابة التى يتطلبها القانون فإن التصرف يكون منعدما ولا يمكن إثباته بالبينة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة .

هذا وقد اعتبر القانون تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب أو امتناعه عن الإجابة مساويا لوجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، فأجاز فى هذه الحالة الإثبات بالبينة والقرائن بالنسبة لما يجب إثباته بالكتابة . وقد نصت على هذا الحكم المادة ١٧٣ مرافعات بقولها « إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الاجابة بغير مبرر قانونى جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن فى الأحوال التى ما كان يجوز فيها ذلك » .

٨٩ — ثانيا : المانع من الحصول على دليل كتابي :

تنص المادة ٤٠٣ / ا على أنه « يجوز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابي» ومؤدى هذا النص أنه قد توجد ظروف من شأنها أن تحول بين الشخص وبين الحصول على دليل كتابي . وفى هذه الحالة يجيز القانون الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة ، ذلك أن «وجوب الإثبات بالكتابة يفترض إمكان الحصول على الدليل الكتابي ، فإذا حالت ظروف خاصة دون ذلك تحتم الاستثناء إذ لا قبل لأحد بالمستحيل »(١) .

والقانون يجيز الإثبات بالبينة فى هذه الحالة فى التصرفات القانونية التى تزيد قيمتها على عشرة جنيهات ، وفى إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل على دليل كتابي ، وكذلك فى الحالات التى يتطلب القانون الكتابة لإثباتها مهما كانت قيمة التصرف كعقد الصلح وعقد الكفالة . ولكن هذا الاستثناء لا يسرى بالنسبة للتصرفات الشكلية ، إذ الكتابة فى هذه التصرفات ركن من أركان التصرف فتخلفها يترتب عليه عدم وجود التصرف .

ويقصد بالمانع من الحصول على الكتابة «المانع الذى ينشأ عنه استحالة الحصول على كتابه وقت التعاقد استحالة نسبية عارضة، أى استحالة مقصورة على شخص المتعاقد وراجعة إلى الظروف الخاصة التى تم فيها التعاقد »(٢) وقد يكون المانع ماديا أو أدبيا :

٩٠ — المانع المادى :

يعتبر المانع ماديا إذا نشأ التصرف القانونى فى ظروف لم يكن لدى ذوى الشأن فيها متسع من الوقت أو وسيلة للحصول على دليل كتابي ، ومن أمثلة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جزء ٣ ، ص ١١٤ .

(٢) سليمان مرقص ، الموجز ، رقم ٢٣٣ .

ذلك ما ينشأ من التصرفات عند الحوادث المفاجئة كالحريق أو الفيضان(١) .
ومن الأمثلة العملية على ذلك الوديعة الاضطرارية وهى التى تتم فى ظروف يخشى فيها الشخص من خطر داهم على الشىء، دون أن يكون لديه الوقت الكافى أو الوسائل للحصول على كتابة من المودع لديه . وفى هذه الحالة يجب على المودع ـ لكى يستطيع الإثبات بالبينة ـ أن يثبت أولا الظرف المفاجىء الذى حصل الإيداع بسببه ، وثانيا اضطراره إلى الإيداع ، فإن نجح فى ذلك جاز له أن يثبت الوديعة بالبينة ولو جاوزت قيمتها عشرة جنيهات .

ويلحق بالوديعة الاضطرارية وديعة نزلاء الفنادق لما معهم من أمتعة ، إذ لا تسمح ظروف السفر بجرد أمتعة كل مسافر عند نزوله فى الفندق أو مغادرته له .

ويطبق حكم هذا الاستثناء أيضاً على كل حالة يتعذر فيها الحصول على دليل كتابى ، كمن يقرض صديقا له مبلغاً يزيد على عشرة جنيهات فى الميناء أو المطار قبيل قيام الباخرة أو الطائرة ، إذ فى مثل هذه الحالات لا يتسع الوقت للحصول على دليل كتابى .

ومن الحالات التى يوجد فيها مانع من الحصول على دليل كتابى ، أن يكون المكلف بالإثبات ليس طرفا فى التصرف المراد إثباته ، فعدم اشتراك الشخص فى التصرف المراد إثباته يعتبر مانعا من الحصول على دليل كتابى .

وقاضى الموضوع هو الذى يصدر ما إذا كانت الظروف التى تم فيها التصرف تعتبر مانعا من الحصول على دليل كتابى أم لا .

٩١ — المانع الأدبى :

فى هذه الحالة لا يقوم المانع على ظروف مادية حالت دون الحصول على دليل كتابى ، وإنما يرجع المانع إلى ظروف نفسية كانت تربط بين

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جزء ٣ ، ص ٤١٢ ، ٤١٣ .

الطرفين وقت التعاقد ولم تكن تسمح من الناحية الأدبية لأحدهما أن يطلب كتابة من المتعاقد الآخر .

ومن أمثلة الموانع الأدبية التي تحول دون الحصول على دليل كتابي صلة القرابة كالبنوة والأخوة ، وعلاقة الزوجية والمصاهرة والخطبة ، والعلاقة بين الخادم وسيده ، وعلاقة الطبيب بمرضاه ، إذ في مثل هذه الحالات يمتنع على المكلف بالإثبات — أدبياً — أن يطلب كتابة .

على أنه يجب أن ينظر إلى كل حالة على حدة . فالحالات السابقة لا تعتبر بذاتها موانع أدبية ، وإنما تعتبر كذلك في ظروف معينة ، فقد تقوم القرابة أو المصاهرة ومع ذلك لا يعتبر هذا مانعا أدبياً من الحصول على الكتابة ، وقد قضى بأن علاقة الزوجية لا تعتبر مانعاً أدبياً من الحصول على سند مكتوب بالوفاء إذا كان أصل الدين ثابتاً بالكتابة .

ويستقل قاضي الموضوع بتقدير قيام المانع الأدبي من الحصول على كتابة ، دون أن يخضع في هذا لرقابة محكمة النقض بشرط أن يسبب تقديره .

٩٢ — ثالثاً — فقد السند الكتابي :

نصت المادة ٤٠٣ / ب مدني على أنه يجوز أيضاً الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة « إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه » .

يفترض هذا الاستثناء أن القواعد الخاصة بالدليل الكتابي قد روعيت عند إنشاء التصرف ، ولكن يتعذر الإثبات بالكتابة لفقد هذا الدليل . ولما كان الدائن لا يمكن أن ينسب إليه أي تقصير لأن فقد السند لم يكن بخطأ منه ، فقد أجيز له أن يثبت بالبينة ما كان يجب إثباته بالكتابة .

ويلاحظ أن هذا الاستثناء أوسع نطاقا من الاستثناء السابق إذ هو يجيز البينة في إثبات ما تجاوز قيمته عشرة جنيهات وفي إثبات ما يخالف

أو يجاوز الكتابة ، وفى إثبات الحالات الخاصة التى يوجب القانون الكتابة فى إثباتها أيا كانت قيمة التصرف كعقد الصلح وعقد الكفالة . إلا أنه يزيد على الاستثناء السابق فى أنه يجيز البينة فى إثبات التصرفات الشكلية التى تعتبر الكتابة ركنا فيها ، إذا المفروض أن الشكلية قد استوفيت وقت إنشاء التصرف ثم فقد المدعى سنده بعد ذلك .

ويلزم لقيام هذا الاستثناء شرطان هما سبق وجود السند الكتابى ، وفقد السند بسبب أجنبى .

٩٣ — (١) سبق وجود سند كتابى :

يجب على من يدعى أنه قد سبق له الحصول على سند كتابى أن يثبت أن هذا السند قد وجد فعلا وأنه كان دليلا كاملا مستوفيا كل الشروط القانونية ، وللمدعى أن يثبت ذلك بكل طرق الإثبات لأن سبق وجود السند يعتبر واقعة مادية يجوز إثباتها بكل الطرق .

ويجب أن يكون السند دليلا كتابيا كاملا ، ذلك أن الاستثناء فى هذه الحالة إنما قصد به حماية من لم يقصر فى الحصول على دليل كتابى كامل ، وبالتالى لا يجوز الإثبات بالبينة إذا ثبت أن السند المفقود لم يكن إلا مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة .

ولا يكفى أن يثبت المدعى سبق وجود السند وإنما يجب أن يثبت مضمونه واستيفاءه للشروط التى يتطلبها القانون إذا كان الأمر متعلقا بتصرف شكلى .

٩٤ — (٢) فقد السند بسبب أجنبى :

يجب ـ بالإضافة إلى إثبات سبق وجود الدليل الكتابى ـ أن يثبت المدعى ان فقد هذا السند كان بسبب أجنبى لا يد له فيه . والسبب الأجنبى الذى أدى إلى ضياع السند قد يكون ناشئا عن قوة قاهرة كحريق أو فيضان ،

وقد يكون ناشئا عن فعل الغير ، كما لو سلم المدعى السند إلى محاميه أو إلى المحكمة فى قضية سابقة ففقد من المحامى أو من المحكمة. كما قد يكون فقد السند راجعا إلى فعل المدعى عليه كما لو اختلسه أو انتزعه من المدعى بالقوة أو بالحيلة ولكن ليس للمدعى أن يتمسك بهذا الاستثناء إذا كان فقد السند يرجع إلى فعله هو حتى ولو كان هذا الفعل مجرد خطأ أو إهمال ، كما إذا تركه فى محل معرض للسرقة . أو فى حراسة خادم صغير ، أو أهمل فى المحافظة عليه - فى مثل هذه الحالات لا يجوز للمدعى أن يثبت ادعاءه بالبينة لأن خطأه يستبعد فكرة الحادث القهرى .

وعلى المدعى أن يثبت الحادث الذى أدى إلى فقد السند ، ويكون ذلك بإثبات واقعتين هما الحادث التى أدى إلى الفقد وواقعة الفقد وهو يستطيع ذلك بكل طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن لأن محل الإثبات هنا وقائع مادية .

٩٥ — الاحتيال على القانون

رأينا أن الكتابة تجب فى إثبات التصرفات القانونية التى تجاوز قيمتها عشرة جنيهات ، وفى إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها . لكن إذا كان المراد إثباته أمر يخالف القانون فيما يعتبر متعلقا بالنظام فإن البينة تجوز فى إثباته ، حتى ولو كان التصرف القانونى من التصرفات التى يجب أصلا إثباتها بالكتابة ومن أمثلة الاحتيال على القانون أن يذكر فى عقد القرض أن سبب الدين هو القرض فى حين أن السبب الحقيقى هو علاقة غير مشروعة بين الطرفين ، أو أن يخفض الثمن الحقيقى فى عقد البيع للتخلص من رسوم التسجيل . مثل هذه الاتفاقات تتضمن غشا ، أو تحايلا على القانون يجوز لمن يتمسك به أن يثبته بكل طرق الإثبات بما فى ذلك البينة والقرائن .

ويلاحظ أخير أن جواز الإثبات بالبينة فى هذه الحالة لا يعتبر استثناء من القواعد الخاصة بوجوب الكتابة ، ذلك أن الاحتيال على القانون ليس إلا واقعة مادية يجوز إثباتها بكل الطرق .

الفصل الثالث

القرائن

٩٦ — تعريفها وأنواعها :

« القرينة هى ما يستنبطه المشرع أو القاضى من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول »(١) . وهى تنقسم إلى نوعين قرائن قضائية وقرائن قانونية .

فالقرائن القضائية هى ما يستنبطه القاضى من وقائع الدعوى المعروضة عليه وذلك باستخدام الوقائع التى تثبت له للدلالة على وقائع أخرى .

وأما القرائن القانونية فهى ما يستنبطه المشرع نفسه مما يغلب وقوعه عملا فى نوع معين من الحالات وينص عليه فى صيغة عامة مجردة .

والنوع الأول من القرائن هو الذى يعتبر أدلة بمعنى الكلمة لأن القاضى هو الذى يستخلصها من وقائع الدعوى . وأما القرائن القانونية فلا تعتبر أدلة بمعنى الكلمة وإنما هى تنقل عبء الإثبات من على عاتق المكلف به إن كان بسيطة أو تعفى من الإثبات نهائيا إن كانت قاطعة على التفصيل الذى سنراه فيما بعد .

المبحث الأول

القرائن القضائية

٩٧ — تنص المادة ٤٠٧ مدنى على أن « يترك لتقدير القاضى استنباط كل قرينة لم يقررها القانون . ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا فى الأحوال التى يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة »

---

(١) عبد المنعم الصدة ، رقم ٢١٨

فالقرائن القضائية إذا يترك أمر استباطها للقاضى فهو يختار واقعة معلومة فى الدعوى المعروضة عليه ويستدل بها على الواقعة المراد إثباتها .

ومن أمثلة ذلك استخلاص صورية التصرف من واقفة القرابة . فإذا طعن الدائن بالصورية فى تصرف صدر من مدينه فإنه قديستند فى تأييد دعواه إلى أن هناك علاقة قرابة بين المتصرف والمتصرف إليه ، وفى هذه الحالة قد يستخلص القاضى من واقعة القرابة قرينة على صورية التصرف فالواقعة الثابتة فى هذا الفرض هى واقعة القرابة ، وهى التى يستنتج منها القاضى قرينة على صحة الواقعة المتنازع عليها وهى الصورية . فالإثبات بالقرائن إذا إثبات غير مباشر . لأنه لا ينصب على واقعة أخرى مجاورة متصلة بموضوع النزاع يؤدى ثبوتها إلى ترجيح ثبوت الواقعة محل النزاع .

ويتمتع قاضى الموضوع بسلطة مطلقة فى استنباط القرائن القضائية ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٤٠٧ بقولها « يترك لتقدير القاضى استنباط كل قرينة لم يقررها القانون » .

ومعنى ذلك أن القاضى حر فى اختيار أية واقعة من الوقائع التى ثبتت أمامه ليستنبط منها قرينة على صحة الواقعة المدعاة.فضلا عن أنه حر تكوين اعتقاده ، فقد يقتنع بقرينة واحدة قوية ولا يقتنع بعدة قرائن أخرى يرى أنها ضعيفة وهو فى تقديره هذا لا يخضع لرقابة محكمة النقض .

وقد قررت محكمة النقض النقض أن قاضى الموضوع حر فى استنباط القرائن التى يأخذ بها من وقائع الدعوى والأوراق المقدمة فيها(١) وأن له السلطة المطلقة فى استنباط القرائن التى يعتمد عليها فى تكوين عقيدته ، فله إذا أن يعتمد على القرينة المستفادة من تقرير خبير كان قد باشر عمله أمام المجلس الحسبى فى غير مواجهة الخصوم مادامت هذه القرينة يعززها غيرها

---

(١) نقض مدنى فى ١٩٥٢/٢/٢٨ ، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض . جزء ١ رقم ٣٧٧ ص ٧٩ .

من القرائن القائمة فى الدعوى(١) . كما قررت أنه لا رقابة لمحكمة النقض على قاضى الموضوع فى تقديره لقرينة من شأنها أن تؤدى إلى الدلالة التى استخلصها هو منها . فإذا اتخذت المحكمة من دفع رسوم الخفر وعوائد الملك قرينة مؤيدة لما شهد به الشهود على وضع اليد فلا سبيل عليها لمحكمة النقض(٢) .

٩٨ — الحالات التى يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضائية :

رأينا أن المادة ٤٠٧ مدنى تنص على أنه لا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية إلا فى الأحوال التى يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة وعلى ذلك لا تجوز القرائن القضائية فى إثبات التصرفات القانونية التى تزيد قيمتها على عشرة جنيهات أو الغير محددة القيمة . ولا فى إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى ، ولا فى إثبات التصرفات القانونية التى يتطلب القانون الكتابة لإثباتها أيا كانت قيمة التصرف كالصلح والكفالة . وعلى العكس من ذلك تجوز القرائن القضائية فى إثبات الوقائع المادية ، والتصرفات التجارية ، والتصرفات المدنية التى لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهات ، واستثناء تجوز القرائن القضائية فى إثبات ماكان يجب إثباته بالكتاب إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة أو إذا قام مانع من الحصول على دليل كتابى أو إذا فقد السند الكتابى لسبب أجنبى لا يد للدائن فيه .

ويلاحظ أن القرائن القضائية قد تنتهى إلى ان تصبح قرائن قانونية ومن ذلك ماكان يجرى عليه القضاء فى ظل القانون المدنى القديم من أن بقاء

---

(١) نقض مدنى فى ١٨/٥/١٩٤٤ ، مجموعة القواعد القانونية رقم ٣٧٨ ص ٧٩ .

(٢) نقض مدنى فى ٦/١١/١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونيه ،جزء أول رقم ٣٨٢ ص٧٩ واتظر كذلك نقض مدنى فى ٢٩/١١/١٩٥١ ، وفى ٣/١١/١٩٤٦ ، وفى ٢٠/١١/١٩٤٧، وفى ٨/١٧/١٩٥٢ ، وفى ٨/٣/١٩٥١ . مجموعة القواعد القانونية المشار إليها ص٧٩، ٨٠ .

العين المبيعة فى حيازة البائع مع اشتراطه على المشترى عدم التصرف فيها ما دام البائع حيا يعتبر قرينة على أن التصرف وصية . هذه القرينة القضائية جعل منها القانون المدنى الجديد قرينة قانونية نص عليها فى المادة ٩١٧ . ومن ذلك أيضاً اعتبار الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة (المادة ٥٨٧ مدنى) . هذه القرينة القانونية كانت قرينة قضائية قبل صدور القانون المدنى الجديد .

المبحث الثانى

القرائن القانونية

---

٩٩ – ما هية القرينة القانونية وأثرها :

قدمنا أن القرينة القانونية هى ما يستنبطه المشرع من أمر معلوم للدلالة على أمر آخر مجهول ، فهى كالقرينة القضائية تقوم على فكرة الراجح الغالب الوقوع . فالمشرع يستنبط من واقعة ثابتة دلالة على أمر آخر مجهول يراد إثباته ، وينص على أنه مادامت الواقعة الأولى قد ثبتت ، فإن الواقعة الثانية المجهولة تثبتت بثبوتها . من ذلك ما تنص عليه المادة ٥٨٧ مدنى من أن الوفاء بقسط من الأجرة يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة ، فالواقعة التى تقوم عليها القرينة هى الوفاء بقسط لاحق من الأجرة ، فإذا ثبتت استنبط منها المشرع واقعة الوفاء بالأقساط السابقة .

نصت المادة ٤٠٤ مدنى على أن «القرينة القانونية تغنى من تقررت لمصلحة عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات » ، فهى تغنى من تقررت لمصلحة من الإثبات المباشر الذى كان يقع على عاتقة لولا وجود القرينة . وعلى من يتمسك بالقرينة أن يقيم الدليل على الواقعة التى تقوم عليها ، وهذا الإثبات يكون فى الغالب سهلا لدرجة أنه يترتب فى الواقع على وجود القرينة

القانونية إنتقال العبء الحقيقى للإثبات إلى الطرف الآخر فى الخصومة .

والقرينة القانونية - كالقرينة القضائية - تقوم فكرة الرجح الغالب من الأحوال ، إلا أنها تنطوى على خطورة لا توجد فى القرينة القضائية فالمشرع ينص على القرائن القانونية فى صيغة عامة ومجردة ويلزم القاضى أن يأخذ بدلالة هذه القرينة فى جميع الحالات المماثلة حتى لو بدا له مخالفتها للواقع فى بعض الحالات لذلك كان من الأفضل ألا يتوسع المشرع فى تقرير القرائن القانونية ، ويترك للقاضى مهمة استنباط هذه القرائن فى كل حالة على حده .

١٠٠ - الحكمة من القرائن القانونية :

يقصد الشارع بتدخله بالنص على قرائن قانونية تحقيق أغراض مختلفة.

فقد يكون الغرض من النص على القرينة منع الأفراد من التحايل على القانون . من ذلك ما تنص عليه المادة ٩١٦ مدنى من أن كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف . فالمشرع محافظة منه على حقوق الورثة أعطى التصرف الذى يصدر فى مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع حكم الوصية . ولكى يحول المشرع دون الهروب من هذا الحكم ، وذلك بإجراء تبرع تحت اسم آخر كالبيع مثلا نص على أن التصرف فى مرض الموت يعتبر قرينة على أنه صدر على سبيل التبرع (المادة ٩١٦/٣ مدنى) .

وقد يرى المشرع أن الإثبات يصعب فى بعض الأحيان إلى درجة كبيرة فينص على قرينة لصالح من يقع عليه عبء الإثبات ليخفف عنه هذا العبء . ومثال ذلك ما جاء فى المادة ١٧٣ مدنى خاصا بافتراض الخطأ فى جانب متولى الرقابة . فقد رأى المشرع أن المضرور يصعب عليه إثبات هذا

الخطأ فجعل الالتزام بالرقابة قرينة على وقوع خطأ من جانب متولى الرقابة .

وقد يضع المشرع القرينة أخذا بالمألوف الذى تعارف عليه الناس من ذلك ماتنص عليه المادة ٥٨٧ مدنى من أن الوفاء بقسط من الأجرة يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك ،، ذلك أن المألوف بين الناس أن المؤجر لايعطى مخالصة عن الوفاء بقسط لاحق إلا إذا كان قد استوفى الأقساط السابقة . ومن ذلك أيضا ماتنص عليه المادة ٣٣٩ مدنى من أن التأشير على سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين قرينة على هذه البراءة مادام السند لم يخرج من حيازة الدائن .

١٠١ — أنواع القرائن القانونية :

رأينا أن المشرع يبنى القرينة القانونية على الراجح الغالب من الأحوال ولذلك كانت القرينة القانونية مجرد احتمال قد يخطىء وقد لايخطىء وبالتالى كان من الجائز إثبات عكسها لاحتمال عدم مطابقتها للواقع ، غير أن المشرع لا يسمح بإثبات عكس القرينة فى بعض الأحوال التى يرى فيها احتمال عدم مطابقة القرينة للواقع احتمال ضعيف جدا ، وعلى ذلك يقسم الفقه القرائن إلى قرائن بسيطة وهى التى يجوز إثبات عكسها ، وقرائن قاطعة وهى التى لايمكن إثبات عكس دلالتها ، إلا أن هذا التقسيم أصبح منتقدا فى الوقت الحاضر ، إذ يرى الفقه الحديث أن القرينة باعتبارها وسيلة للإثبات يجب أن يكون ممكنا إثبات عكسها ، ولذلك لا يوجد إلا نوع واحد من القرائن هو القرائن القانونية البسيطة . وأما القرائن القانونية القاطعة فليست إلا قواعد موضوعية ، كما هو الشأن فى القاعدة التى تقرر قوة الأمر المقضى (المادة ٤٠٥ مدنى) .

أولا

القرائن القانونية البسيطة

١٠٢ — حجيتها فى الإثبات وأمثلتها :

رأينا ان المادة ٤٠٤ مدنى تنص على ان « القرينة القانونية تغنى من من تقررت لمصلحته عن اى طريقة من طرق الإثبات ، على انه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسى مالم يوجد نص اقضى بغير ذلك » ، فالأصل إذاً فى القرائن القانونية ان تكون بسيطة اى يجوز إثبات عكسها .

ومن امثلة القرائن القانونية البسيطة ماتنص عليه المادة ١٣٧ مدنى من ان كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك . فالقانون يعفى الدائن من إثبات السبب المشروع للالتزام الذى يطالب به المدين ، مع أنه كان المفروض عليه أن يثبت ذلك باعتبار أن السبب ركن فى الالتزام . ومن أمثلة القرائن القانونية البسيطة أيضا ما تنص عليه المادة ٩١ مدنى من أن وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه هذا التعبير يعتبر قرينة على العلم به مالم يقم الدليل على عكس ذلك . فالمكلف بعبء إثبات علم من وجه إليه التعبير عن الإرادة بهذا التعبير يكفيه أن يثبت وصول التعبير إلى هذا الشخص ، وهذه واقعة سهلة الإثبات بالنسبة للواقعة الأصلية وهى العلم بالتعبير ، فإن فعل قامت قرينة لصالحه تعفيه من إثبات الواقعة الأصلية . وبديهى أن الموجه إليه التعبير يستطيع أن يدحض هذه القرينة بأن يثبت أنه لم يعلم بهذا التعبير رغم وصوله إليه ، وإثبات ذلك يكون بجميع الطرق .

وقد يتطلب القانون إثباتا معينا ممن يريد الاستفادة من حكم القرينة القانونية ، من ذلك ما نصت عليه المادة ٢٣٩ مـــدنى من أنه إذا ادعى

الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى مقدار الديون أو يزيد عليها » . ففى هذه الحالة إذا أثبت الدائن مقدار ما فى ذمة المدين من ديون قامت قرينة على إعساره ، إلا أن المدين يستطيع أن ينقض حجية هذه القرينة وذلك بإثبات أن له ما لا يساوى مقدار هذه الديون أو يزيد عليها .

ثانيا

القرائن القانونية القاطعة

١٠٣ — تعريفها وطبيعتها

القرينة القانونية القاطعة هى القرينة التى لا يمكن نقض دلالتها بإثبات العكس كما هو الشأن فى القرينة القانونية البسيطة . ومن الأمثلة التى يضربها الفقه للقرائن القانونية القاطعة قرينة الحقيقة القضائية التى يعبر عنها بقوة الأمر المقضى والتى مؤداها أنه إذ صدر حكم فى نزاع معين واستنفد طرق الطعن القانونية فإنه يصبح قرينة على صحة الوقائع التى فصل فيها ، ولا يقبل بعد ذلك ممن يعتبر الحكم ساريا فى مواجهته أن يثبت مخالفة الحكم للحقيقة (المادة ٤٠٥ مدنى) .

والواقع أن هذا النوع من القواعد القانونية ليس فى حقيقته قرائن قانونية بمعناها الحقيقى وإنما هو قواعد موضوعية تقوم على قرائن . فالقرينة القانونية باعتبارها دليل إثبات تقتضى أن تكون قابلة لإثبات العكس . أما إذا لم يكن فى استطاعته من يحتج عليه بقرينة قانونية أن ينفى دلالة هذه القرينة ، فإننا لا نكون بصدد قرينة قانونية وإنما بصدد قاعدة موضوعية تقوم على قرينة .

ويلاحظ أن التفرقة بين القرائن القانونية بمعناها الحقيقى والقواعد

الموضوعية التى تقوم على قرائن - لم تتضح للكثيرين إلا منذ عهد قريب .

ومما أثار اللبس أن القواعد الموضوعية التى تبنى على قرائن يقيمها المشرع على الغالب الراجح من الأحوال كما هو الشأن بالنسبة للقرائن القانونية ، فهى (القواعد الموضوعية) تشترك مع القرائن القانونية فى أصل وضعها ، ذلك أن المشرع ينظر إلى الحقائق الماثلة أمامه ويستنتج منها قرينة معينة ، ثم يبنى حكمه - أى ينص على قاعدة موضوعية - بناء على هذه القرينة .

ومن أمثلة ذلك أن المشرع يحدد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ، هذا التحديد بناه المشرع على الغالب الراجح من الأحوال . ذلك أن الإنسان فى هذه السن يكون قد بلغ قدرا من النضج يجعله قادرا على مباشرة التصرفات القانونية . أى أن المشرع جعل بلوغ الشخص سن الحادية والعشرين قرينة على تمام أهليته ، ولذلك نص فى المادة ٤٤ مدنى على أن كل من بلغ هذه السن يعتبر رشيدا . هذا النص (المادة ٤٤ مدنى) يقرر قاعدة موضوعية مبنية على قرينة ، ولذلك لا يجوز إثبات عكس هذه القاعدة ، فلا يجوز مثلا إثبات أن الشخص قد أصبح رشيدا قبل أن يبلغ سن الحادية والعشرين ، حتى ولو ظهر بالفعل نضجه وقدرته على إبرام التصرفات القانونية قبل بلوغ هذه السن .

وعلى العكس لو كنا بصدد قرينة كالقرينة التى تجعل الوفاء بقسط متأخر من الأجرة قرينة على الوفاء بالاقساط السابقة (المادة ٥٨٧ مدنى) هذه القاعدة بناها المشرع على الراجح الغالب من الأحوال - كما هو الشأن فى القاعدة الخاصة ببلوغ سن الرشد - ذلك أن الغالب أن المؤجر لا يعطى مخالصة عن قسط لاحق إلا إذا كان قد استوفى الأقساط السابقة ، إلا أن هذا الافتراض قد يصدق فى الغالب من الأحوال وقد لا يصدق فى النادر منها ، ولذلك يجوز للمؤجر أن يثبت أن حالته تدخل فى الأحوال النادرة التى لا تصدق فيها هذه القرينة وذلك بإثبات أنه رغم إعطائه مخالصة عن

قسط لاحق إلا أنه لم يستوف الاقساط السابقة على هذا القسط وهذا على خلاف القاعدة الخاصة ببلوغ سن الرشد (المادة ٤٤ مدنى) فلا يسمح لشخص لم يبلغ الحادية والعشرين أن يثبت أنه ضمن الحالات النادرة التى يصبح الشخص فيها رشيدا قبل اكتمال هذه السن . ذلك أن هذه القاعدة قاعدة موضوعية وليست قاعدة إثبات .

مما تقدم يتبين أن القاعدة الموضوعية تقوم على فكرة الغالب الراجح من الأحوال كما هو الشأن بالنسبة للقرينة القانونية . أى أن المشرع يستوحى فى القاعدة الموضوعية فكرة القرينة ، إلا أن هذه الفكرة لا تظهر فى القاعدة بل تبقى وراءها بمنزلة العلة أو الدافع إلى هذه القاعدة . ففكرة القرينة إن بقيت فى هذه الحالة لأن المشرع يستوحيها ، إلا أنها تختفى بالنسبة للمتقاضين ولذلك لا يجوز لهم إثبات عكسها .

ويختلف الأمر فى القرينة القانونية ، فالقرينة القانونية تكون موضوع النص وتظهر فيها الواقعتان اللتان تجتمعان فى القرينة وهما الواقعة الثابتة التى تبنى عليها القرينة والواقعة الأخرى المستنبطة فيها ، ويكون قصد المشرع من النص عل القرينة أن ينقل عبء الإثبات من الواقعة الثانية الصعبة إلى الواقعة الأولى سهلة الإثبات . ففى قرينة الوفاء بقسط لاحق من الأجرة التى نصت عليها المادة ٥٨٧ مدنى يقصد المشرع أن ينقل عبء الإثبات من الواقعة الصعبة ، وهى واقعة الوفاء بالقسط السابق ، إلى الواقعة السهلة الإثبات وهى الوفاء بالقسط اللاحق ، والواقعتان تظهران فى النص وذلك على خلاف القاعدة الموضوعية التى تقوم على قرينة .

ويترتب على الاختلاف بين القاعدة الموضوعية والقرينة القانونية أن القرينة القانونية تكون قابلة لإثبات العكس ، فالقرينة قاعدة إثبات ، ومهمة الشارع تنحصر فى تسهيل الإثبات بالنسبة إلى من تقرر لمصلحته ، وذلك بنقله من واقعة صعبة الإثبات إلى واقعة أخرى سهلة الإثبات ، دون أن

يكون لذلك من أثر على ما للخصم من حق فى أن يرخص هذه القرينة . . .
فإذا حرم الشارع الدليل العكسى زال عن القرينة وصفها باعتبارها قاعدة
إثبات وأصبحت قاعدة موضوعية ، إذ الشارع وهو يتصرف على هذا النحو
لم يعد يهمه الوصول إلى الحقيقة بقدر حرصه على تحقيق الحكم الذى ينص
عليه ، فقد يكون استنباطه مطابقا للحقيقة الواقعة فى الحالة المعروضة ، وقد
لا يكون مطابقا لها ، وموقف الخصم فى كلا الحالين لا يتغير ، إذ هو يجب
عليه فى جميع الأحوال أن يخضع لحكم القاعدة »(١)

وعلى هذا الأساس السابق تعتبر القاعدة الخاصة بقوة الأمر المقضى
قاعدة موضوعية وليست قرينة قانونية ، ومع ذلك تتناولها بالدراسة فى هذا
المبحث نظرا لأن المشرع ذكرها ضمن النصوص الخاصة بالقرائن .

حجية الأمر المقضى

١٠٤ — معنى القاعدة وأثرها :

يقصد بحجية الأمر المقضى أن الأحكام التى صدرت من القضاء تعتبر
حجة بما فصلت فيه ، ذلك أن الحكم إذا ما صدر فى نزاع فإنه يعتبر مطابقا
للحقيقة حتى ولو لم يكن كذلك من ناحية الواقع ، ومن ثم لا يجوز لمن كان
طرفا فى النزاع الذى فصل فيه الحكم أن يجدد نفس النزاع مرة أخرى أمام
القضاء بدعوى مبتدأة . فإذا رفعت مثل هذه الدعوى ، كان للخصم الآخر
أن يدفعها بحجية الأمر المقضى أى بسبق الفصل فيها . ويجوز لكل من كان
طرفا فى النزاع الذى حكم فيه أن يتمسك بهذه الحجية لا فرق فى هذا بين
من كسب الدعوى ومن خسرها .

وقد قررت هذه القاعدة المادة ٤٠٥ مدنى بقولها :

---

(١) عبد المنعم الصدة ص ٣٠٨

١ — الأحكام التى جازت قوة الأمر المقضى تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة . ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا فى نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم ، وتعلق بذات الحق محلا وسببا .

٢ — « ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها » .

وقد أخذ المشرع بهذه القاعدة لاعتبارات تتعلق بالصالح العام ، إذ يهدف المشرع من وراء هذه القاعدة إلى وضع حد للخصومات ، إذ « لولا هذه القاعدة لظلت الخصومة تتجدد من جانب من يخسر الدعوى ، الأمر الذى يضر بمصلحة المجتمع ويقعد بالقضاء عن أداء مهمته . وأحكام القضاء يجب أن تكون محل ثقة وأن تتوفر لها هيبتها ، ولولا هذه القاعدة لصدرت أحكام متناقضة تفقد المتقاضين ثقتهم بأحكام القضاء » (١)

ولكن لما كانت الحقيقة القضائية التى يصل إليها القاضى فى حكمه قد تختلف عن الحقيقة الواقعة، لأن القاضى إنما يبنى حكمه على مايقدمه الخصوم من أدلة ، وقد يعجز المكلف بالإثبات عن إقامة الدليل على دعواه ، كما أن القاضى قد يخطىء فى تقدير هذه الأدلة أو يكون متحيزا لأحد الخصوم ، لذلك خفف المشرع من حدة هذه القاعدة بوجود ضمانات للمتقاضين تتمثل فى تعدد درجات التقاضى وفى رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون .

١٠٥ — حجية الأمر المقضى وقوة الأمر المقضى :

يجب أن تفرق بين حجية الأمر المقضى autorité de la chose jugée ، وقوة الأمر المقضى force de la chose فحجية الأمر المقضى تثبت للحكم ولو لم يكن نهائيا ، أى تثبت للحكم من وقت صدوره حتى ولو كان قابلا للطعن

---

(١) عبد المنعم الصدة رقم ٢٣٦

فيه بطرق الطعن العادية وهى المعارضة والاستئناف ، فهى حجية مؤقتة تزول إذا ألغى الحكم نتيجة الطعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف .

أما قوة الأمر المقضى فلا تثبت إلا للاحكام النهائية ، أى التى استنفدت طرق الطعن العادية وهى المعارضة والاستئناف . وعلى ذلك كل حكم حائز لقوة الأمر المقضى يكون حائزا لحجية الأمر المقضى أيضاً ولكن العكس غير صحيح .

١٠٦ — نطاق حجية الأمر المقضى .

يتحدد نطاق حجية الأمر المقضى بتحديد الأحكام التى تثبت لها هذه الحجية ، وتعيين أجزاء الحكم التى تحوز هذه الحجية ، وأخيرا الأشخاص الذين يتمسك فى مواجهتهم بهذه الحجية .

١٠٧ — أولا : الأحكام التى تحوز حجية الأمر المقضى :

يشترط فى الحكم الذى تثبت له حجية الأمر المقضى (١) أن يكون حكما قضايأ ، (٢) صادراً من جهة ذات اختصاص ، (٣) وأن يكون حكما فاصلا فى النزاع ، أى قطعياً .

الشرط الأول : أن يكون الحكم قضائياً .

يجب أولا أن يكون الحكم صادرا من جهة قضائية ، ويستوى بعد ذلك أن تكون هذه الجهة من جهات القضاء العادى كالمحاكم المدنية والمحاكم الجنائية والمحاكم الإدارية ، أم جهة قضاء استثنائى كالمحاكم العسكرية .

أما القرارات التى تصدر من جهات غير قضائية فلا تعتبر أحكاماً بالمعنى المقصود هنا وبالتالى لا تحوز حجية الأمر المقضى حتى ولو تضمنت الفصل فى نزاع ، كقرار لجنة تقدير الضرائب وقرار مجلس تأديب المحامين وقرار الحفظ الذى تصدره النيابة العامة .

ولا يكفى أن يكون الحكم صادراً من جهة قضائية وإنما يجب أن يكون صادرا منها بموجب سلطتها القضائية . فإلى جانب الوظيفة الأساسية للمحكمة التى بموجبها تصدر أحكاما ، فإن لها وظيفة أخرى هى الوظيفة الولائية التى بموجبها تصدر أوامر أو قرارات ولائية . والفرق بين الحكم والعمل الولائى أن الحكم يفصل فى نزاع على حق فى مواجهة طرفى الخصومة ، فى حين أن العمل الولائى تصدره المحكمة فى غير نزاع بموجب سلطتها الولائية ومن أمثلة الأوامر الولائية تصديق القاضى على محضر الصلح الذى يتم بين الخصوم . وحكم قاضى البيوع برسو مزاد العقار الذى يباع بالمحكمة على مشتريه ، والحكم بتعيين وصى أو قيم فى غير خصومه ، فهذه كلها تصدرها المحكمة بموجب سلطتها الولائية ولذلك لا تحوز حجية الأمر المقضى .

الشرط الثانى : يجب أن يكون الحكم صادرا من جهة ذات اختصاص.

يجب — لكى يحوز الحكم حجية الأمر المقضى — أن تكون المحكمة التى أصدرته مختصة اختصاصاً متعلقا بالوظيفة ، أى أن يكون لها ولاية القضاء فى موضوعه . وعلى ذلك إذا صدر حكم من محكمة مدنية فى مسألة تدخل فى ولاية القضاء الإدارى فإن هذا الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضى ، وبالتالى يجوز أن يثار بشأنه نزاع جديد أمام المحكمة صاحبة الولاية . وكذلك الحال إذا صدر حكم فى مسألة مدنية من محكمة جنائية أو العكس .

إلا أنه يلاحظ أنه إذا كان الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضى أمام المحكمة المختصة ، فإنه يحوز هذه الحجية أمام محاكم الجهة التى أصدرته . وعلى ذلك إذا صدر حكم من محكمة مدنية فى مسألة تدخل فى اختصاص المحاكم الإدارية . فإن هذا الحكم لا تكون له حجية أمام المحاكم الإدارية ، ولكنه يحوز هذه الحجية أمام المحاكم المدنية .

ومتى كانت المحكمة التى أصدرت الحكم ذات ولاية بالنسبة لموضوعه ، فإن الحكم يحوز الحجية حتى ولو كانت المحكمة غير مختصة اختصاصا نوعيا

أو محليا . فالحكم الذى يصدر من محكمة جزئية فى مسألة تدخل فى اختصاص المحكمة الإبتدائية يحوز حجية الأمر المقضى زعم مخالفة قواعد الاختصاص النوعى ، والحكم الذى يصدر من محكمة القاهرة فى مسألة من اختصاص محكمة الإسكندرية يحوز الحجية رغم مخالفة قواعد الاختصاص المحلى .

ويلاحظ أن الحكم يحوز حجية الأمر المقضى ولو كان معيبا بعيب يؤدى إلى بطلانه ، لأن السبيل إلى إصلاح عيوب الحكم هو الطعن فيه بالطرق القانونية المقررة لذلك .

الشرط الثالث : أن يكون الحكم قطعيا .

يشترط كذلك فى الحكم الذى يحوز حجية الأمر المقضى أن يكون قطعيا ، والحكم القطعى هو الذى يحسم النزاع فى موضوع الدعوى كليا أو جزئيا ، أو يفصل فى دفع من الدفوع الشكلية أو الموضوعية ، كالحكم للمدعى بطلباته أو بجزء منها أو الحكم بعدم الاختصاص .

أما الأحكام التى لا تنهى الخصومة كلها أو بعضها فلا تحوز الحجية ، ومن ذلك الأحكام التى تصدر قبل الفصل فى الموضوع كالأحكام التحضيرية والأحكام التمهيدية والأحكام الوقتية ، والأحكام التهديدية .

والأحكام التحضيرية هى الأحكام التى تصدر قبل الفصل فى موضوع الدعوى دون أن تبين رأى المحكمة فى النزاع كالحكم بتعيين خبير لمعاينة محل النزاع او بإحالة الدعوى إلى التحقيق .

والأحكام التمهيدية احكام تسبق الفصل فى الموضوع ايضا ولكنها تبين راى المحكمة فى موضوع النزاع ، كالحكم بتعيين خبير لتقدير قيمة الضرر الذى اصاب المدعى ، إذ يدل هذا على ان المحكمة ستحكم له بالتعويض .

والأحكام الوقتية هى التى تصدر فى طلبات وقتية دون ان تمس موضوع النزاع ، كالحكم بتعيين حارس قضائى على عين متنازع عليها حتى يفصل فى النزاع ، والحكم بتقدير نفقة وقتية للمصاب حتى يفصل فى دعوى التعويض ، ويعتبر من هذا النوع كل الأحكام التى تصدر من قاضى الأمور المستعجلة .

